This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 046 953 030

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 2 - 1907

COLLECTION DES PRINCIPAUX CODES ÉTRANGERS

CODE CIVIL ALLEMAND

TRADUIT ET ANNOTÉ

PAR

C. BUFNOIR
PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

J. CHALLAMEL
AVOCAT À LA COUR DE PARIS

J. DRIOUX
AVOCAT GÉNÉRAL PRÈS LA COUR D'ORLÉANS

F. GÉNY
PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NANCY

P. HAMEL
AVOCAT À LA COUR DE PARIS

H. LÉVY-ULLMANN
PROFESSEUR AGRÉGÉ À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE

R. SALEILLES
PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Cet ouvrage est publié par le Comité de législation étrangère institué près le Ministère de la Justice, avec le concours de la *Société de législation comparée*. Il a été imprimé aux frais de l'État, sur l'ordre de M. le Garde des Sceaux.

M. Tanon, Président de chambre à la Cour de Cassation, membre du Comité de législation étrangère, a suivi l'impression en qualité de commissaire responsable.

CODE CIVIL ALLEMAND

PROMULGUÉ LE 18 AOÛT 1896

ENTRÉ EN VIGUEUR LE 1er JANVIER 1900

TOME PREMIER

INTRODUCTION ET LEXIQUE

LIVRE I. — PARTIE GÉNÉRALE (ART. 1 À 240)

LIVRE II. — SECTION I À VI (ART. 241 À 432)

PARIS

IMPRIMÉ PAR ORDRE DU GOUVERNEMENT

À L'IMPRIMERIE NATIONALE

MDCCCCIV

JUL 2 1907

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

INTRODUCTION..... I

LEXIQUE :

Définitions légales..... XLI
Formules techniques..... XLIII
Abréviations..... XLV

LIVRE PREMIER.

PARTIE GÉNÉRALE.

SECTION PREMIÈRE. — DES PERSONNES (ART. 1-89)..... 1

TITRE Ier. Des personnes naturelles (art. 1-20)..... 1
TITRE II. Des personnes juridiques (art. 21-89)..... 22
I. Des associations (art. 21-79)..... 22
1. *Dispositions générales* (art. 21-54).... 22
2. *Des associations inscrites* (art. 55-79).. 49
II. Des fondations (art. 80-88)..... 63
III. Des personnes juridiques du droit public (art. 89)..... 75

SECTION DEUXIÈME. — DES CHOSES (ART. 90-103.)..... 77

SECTION TROISIÈME. — DES ACTES JURIDIQUES (ART. 104-185)..... 99

TITRE Ier. De la capacité d'exercice des droits (art. 104-115).. 99
TITRE II. De la déclaration de volonté (art. 116-144)..... 117
TITRE III. Du contrat (art. 145-157)..... 165
TITRE IV. De la condition. — De l'apposition d'un terme (art. 158-163)..... 190
TITRE V. De la représentation. — De la procuration (art. 164-181)..... 201
TITRE VI. De l'autorisation. — De l'approbation (art. 182-185). 243

SECTION QUATRIÈME. — DES DÉLAIS. DES ÉCHÉANCES (ART. 186-193).... 250

SECTION CINQUIÈME. — DE LA PRESCRIPTION (ART. 194-225)..... 256

SECTION SIXIÈME. — DE L'EXERCICE DES DROITS. — DE LA DÉFENSE PERSONNELLE. — DE LA JUSTICE PERSONNELLE (ART. 226-231)..... 334

SECTION SEPTIÈME. — DE LA PRESTATION DE SÛRETÉ (ART. 232-240).... 350

LIVRE DEUXIÈME.

DROIT DES RAPPORTS D'OBLIGATION.

SECTION PREMIÈRE. — DU CONTENU DES RAPPORTS D'OBLIGATION (ART. 241-304)..... 355

TITRE Ier. De l'obligation de prester (art. 241-292)..... 355

TITRE II. De la demeure du créancier (art. 293-304)..... 415

SECTION DEUXIÈME. — DES RAPPORTS D'OBLIGATION AYANT LEUR SOURCE DANS UN CONTRAT (ART. 305-361)..... 429

TITRE Ier. De leur formation. — Du contenu du contrat (art. 305-319)..... 429

TITRE II. Du contrat synallagmatique (art. 320-327)..... 449

TITRE III. De la promesse de prestation à un tiers (art. 328-335). 470

TITRE IV. Des arrhes. De la clause pénale (art. 336-345).... 483

TITRE V. De la résiliation (art. 346-361)..... 494

SECTION TROISIÈME. — EXTINCTION DES RAPPORTS D'OBLIGATION (ART. 362-397)..... 511

TITRE Ier. De l'exécution (art. 362-371)..... 511

TITRE II. De la consignation (art. 372-386)..... 529

TITRE III. De la compensation (art. 387-396)..... 541

TITRE IV. De la remise de dette (art. 397)..... 563

SECTION QUATRIÈME. — DU TRANSFERT DE CRÉANCE (ART. 398-413)..... 567

SECTION CINQUIÈME. — DE LA REPRISE DE DETTE (ART. 414-419)..... 598

SECTION SIXIÈME. — DE LA PLURALITÉ DE DÉBITEURS ET DE CRÉANCIERS (ART. 420-432)..... 624

ERRATUM.

Page 168, ligne 2 : Supprimer la référence faite à une note du Lexique au mot *Antrag*. — Le lexique auquel il était fait allusion est celui dont il est question dans l'Introduction (n° XXV, p. XXXIII) et que, tout d'abord, on avait eu l'intention de publier à la suite des deux autres (p. XLI et p. XLIII). C'est au dernier moment seulement, alors que le texte du volume, sauf l'Introduction, était tiré, que l'on s'est décidé à supprimer, au moins provisoirement, ce troisième lexique, qui eût exigé, pour être complet, l'achèvement de toutes les autres parties du Code civil. Ainsi s'expliquent les références faites dans le présent volume à un lexique qui ne s'y trouve pas. (Cf. Introduction, n° XXV *in fine*.)

INTRODUCTION.

I. La traduction française du Code civil allemand, que fait paraître le Comité de législation étrangère, se distingue des œuvres précédentes, déjà comprises dans la même collection, par un système de notes qui en feront toute l'importance doctrinale et pratique. Il a semblé, en effet, en présence de l'œuvre considérable qui est comme la synthèse de tout le mouvement juridique de la science allemande depuis un siècle, qu'il ne suffisait pas d'en reproduire le texte pur et simple et qu'il fallait, avant tout, le mettre à la portée des lecteurs et des praticiens de langue française par quelques brèves explications doctrinales. Celles-ci permettront de mieux préciser l'esprit allemand et de mieux comprendre les théories allemandes, dont la formule légale n'est souvent que le résumé synthétique. Ces renseignements étaient utiles, non seulement au point de vue doctrinal et scientifique qui vient d'être indiqué, mais plus encore au point de vue pratique. Car il résulte déjà des explications qui précèdent que, très souvent, le texte, même sous sa forme concrète, n'est que la conséquence d'un principe théorique sous-entendu, lequel seul peut servir à en développer les conséquences pratiques. Pour se rendre compte de ces dernières, il faut connaître la conception juridique qui domine la formule légale. D'autre part, la terminologie du Code civil allemand est, sinon obscure et purement abstraite, tout au moins d'une technique particulièrement

précise, chaque terme ayant pris un sens juridiquement défini, destiné à en formuler la signification en quelque sorte officielle et légale. Il n'a pas été toujours possible dans la traduction, et à raison des exigences de la langue française, de respecter intégralement cette rigueur de technique scientifique. Un même terme, ayant une valeur technique dans le texte allemand, et qui aurait dû, en principe, se traduire toujours, partout où il se rencontre, par la même expression française, a dû accepter des doublets et des équivalents, suivant les nuances de signification qu'il pouvait prendre, tout en conservant une valeur à peu près identique dans tous les cas. Cette variété d'expressions devait s'imposer surtout dans un travail fait par tranches séparées, confiées chacune à un collaborateur différent. Quelque effort qui ait été fait en vue de réaliser l'homogénéité de l'œuvre commune, il était impossible de parvenir à l'unité absolue d'esprit et de langue; il fallait mettre à la disposition des différents collaborateurs une certaine variété d'expressions, susceptibles de se prêter aux divergences de points de vue qui devaient forcément se faire jour. Ce défaut, inhérent à toute collaboration, devait se trouver considérablement atténué par un système de notes qui rendraient à chaque terme sa véritable valeur et en feraient connaître la portée exacte, indépendamment des imperfections, toujours un peu forcées, de la traduction.

II. Pour toutes ces raisons, le Comité dut se résoudre à faire exception aux précédents qui pouvaient passer pour constituer une tradition et une coutume déjà acquises; il accepta un appareil de notes, dont la portée, d'ailleurs, fut nettement précisée dans les conférences que tinrent entre

eux les différents traducteurs, soit à l'origine sous la direction de M. Bufnoir, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris[1], soit, depuis qu'il avait été enlevé à la science, à partir de 1898, sous la présidence de M. Tanon, l'éminent Président de chambre à la Cour de cassation, délégué par le Comité, pour contrôler le travail commun et le ramener à l'unité[2]. Il fut entendu que les notes,

[1] M. Bufnoir avait accepté de traduire la Partie générale du Code civil allemand, et toute la matière du Droit de famille. Il était tacitement entendu, par le fait même de sa grande situation et de sa haute autorité, que ce serait à lui de prendre la direction de l'œuvre commune, en vue d'aboutir à l'unité désirable. C'est avec lui, et sous son inspiration, que furent prises les décisions relatives au système d'annotations à introduire dans la traduction. Il suffit donc que cette méthode de travail ait été fixée d'accord avec M. Bufnoir et soumise par lui au Comité de législation étrangère, qui voulut bien l'accepter, pour que la participation du Maître éminent à l'œuvre commune ait eu la valeur d'une collaboration effective. Il n'était que justice que son nom figurât en tête des traducteurs : c'est sous son inspiration, et en continuant les traditions scientifiques qu'il avait inaugurées, que l'œuvre a été entreprise et menée à bien.

[2] Le nombre des traducteurs devait être de quatre au début: M. Bufnoir, professeur à la Faculté de droit de Paris, pour la Partie générale et le livre relatif au Droit de famille; M. Challamel, avocat à la cour d'appel de Paris, pour le livre relatif au Droit des choses; M. Drioux, substitut du procureur général près la cour d'appel d'Orléans, et actuellement avocat général près la même Cour, pour le livre relatif au Droit de succession; et M. R. Saleilles, alors professeur agrégé et, depuis 1898, professeur titulaire à la Faculté de droit de Paris, pour toute la matière des Obligations et contrats spéciaux.

Par suite du décès de M. Bufnoir, survenu le 11 février 1898, il fallut répartir à nouveau les matières dont il s'était chargé : M. Saleilles accepta de traduire, en outre de la part qui lui revenait, la Partie générale du Code, et demanda, par la suite, à être déchargé, sur sa part primitive, de la matière des Contrats spéciaux, que prit M. Lévy-Ullmann, professeur agrégé à la Faculté de droit de Lille, et dont il se chargea à l'exception

destinées à accompagner le texte, devraient porter, à peu près uniquement, sur l'explication pratique du texte, afin d'en faire comprendre la portée concrète et d'indiquer les principales solutions positives, immédiates et directes, auxquelles il devrait conduire. Tout développement de caractère purement scientifique, soit doctrinal, soit historique, devait être mis à l'écart, comme susceptible de nuire au but émi-

des dix-sept premiers articles du Titre consacré aux Faits illicites (§ 823 à § 839). M. Fr. Gény, alors professeur à la Faculté de droit de Dijon, et depuis professeur à la Faculté de droit de Nancy, voulut bien se charger alors de la partie relative au Droit de famille, et dut s'associer ultérieurement un nouveau collaborateur pour toute la matière de la paternité, de la filiation et de la tutelle, qui fut traitée par M. Paul Hamel, avocat à la Cour d'appel de Paris.

En définitive, la répartition du travail resta fixée ainsi qu'il suit: M. R. Saleilles, chargé de la présente Introduction, de la Partie générale et de toute la partie relative à la théorie générale des obligations (§ 1 à § 432), et, en outre, des § 823 à § 839; M. Lévy-Ullmann, chargé de la partie relative aux Sources de l'obligation (§ 433 à § 853, à l'exception des § 823 à § 839); M. Challamel, chargé du Droit des choses (§ 854 à § 1296); M. Fr. Gény, chargé de la partie relative au mariage et au régime des biens entre époux (§ 1297 à § 1588); M. P. Hamel, chargé de la partie relative aux rapports de parenté et à la tutelle (§ 1589 à § 1921); et M. J. Drioux, chargé de toute la partie du Droit d'héritage (§ 1922 à § 2385).

M. J. Drioux a bien voulu accepter également de traduire la Loi d'Introduction. Mais, comme les crédits mis à la disposition du Comité ne permettaient pas, pour le moment tout au moins, de consacrer à l'œuvre totale une étendue plus considérable que celle déjà exigée par la traduction annotée des cinq livres du Code civil, et que, d'autre part, il fut décidé que l'on ferait paraître un peu plus tard les principales Lois d'Exécution du Code civil allemand, relatives à l'application du Code civil dans les différents États confédérés, il a semblé, avec raison, que la Loi d'Introduction, laquelle a trait surtout aux matières réservées aux Législations d'États, devrait trouver place dans ce volume spécial, dont elle serait comme le premier chapitre.

nemment pratique de l'œuvre entreprise. Cette œuvre doit servir avant tout à faire connaître les solutions concrètes visées par la loi, en dehors des explications, de nature plus ou moins subjective, que la doctrine peut en fournir. Toutefois, on a dû faire exception à cette méthode rigoureuse, lorsque la solution elle-même dépendait d'une construction juridique, tacitement admise par la loi, et qui seule pût en faire comprendre la portée pratique. Même réserve doit être faite au point de vue des précédents historiques et de l'histoire même du texte, d'après les changements apportés par les différentes Commissions, lorsque ces indications seraient indispensables pour l'interprétation directe de la formule légale. Toute cette méthode peut se résumer en un mot. Il ne pouvait être question d'un commentaire scientifique, qui n'eût pas été à sa place, mais d'une explication, de caractère purement pratique, de celles des dispositions légales qui, par elles-mêmes, eussent été insuffisantes à révéler leur portée concrète.

III. Toutefois, comme il s'agit d'une œuvre qui, indépendamment de son côté pratique, doit avoir forcément une grande influence sur le développement comparatif du droit, il a été admis que l'importance donnée aux annotations pourrait varier d'après le caractère des matières à traiter. Il en est qui, par leur généralité et leur universalité, sont de nature à fournir des points de comparaison indispensables pour l'évolution de la science juridique, prise dans son unité intégrale, et en dehors de toute question de frontières politiques et de divergences législatives. C'est un peu le cas de toutes les dispositions touchant aux principes généraux qui forment la base de toute construction

juridique rationnelle, dans les législations issues d'une même technique initiale; et ce caractère appartient à toutes celles qui tirent leur unification première du Droit romain. Cette observation visait surtout la Partie générale des obligations, ainsi que la Partie générale du Code civil allemand, laquelle comprend la réglementation de certaines matières dont l'application rayonne ensuite sur toutes les parties spéciales. Il a donc été entendu que, sans faire brèche à l'homogénéité de l'œuvre, on pourrait, sur ces parties générales et sur quelques autres d'une valeur identique, donner aux notes qui les concernent des développements plus étendus et se restreindre, pour tout le reste, à un système d'annotations plus concentrées, plus fractionnées, et de caractère encore plus strictement explicatif et pratique [1]. Il va de soi aussi, comme il s'agissait de fournir surtout un bon instrument de travail, que, sur tous les points sur lesquels eussent déjà paru des travaux de langue française auxquels il pût être facile de se reporter, il devenait moins indispensable de s'étendre longuement, pourvu que l'on

[1] Pour quelques-unes de ces parties dont l'appareil d'annotations a été ainsi singulièrement simplifié, les notes ont été presque surtout empruntées, puisqu'il ne pouvait plus être question de faire œuvre personnelle, à l'excellent Commentaire du *Bürgerliches Gesetzbuch* paru sous le nom et la direction de Planck. On ne pouvait choisir meilleur guide. Il a été impossible d'en faire l'indication pour chaque extrait qui lui était emprunté. Il suffisait de le mentionner ici une fois pour toutes, en rendant ainsi à cette œuvre magistrale l'hommage qui lui est dû. Et peut-être ces quelques références suffiront-elles à faire apercevoir l'intérêt scientifique considérable qu'il y aurait à en donner une traduction en langue française. Puisse l'œuvre du Comité de législation susciter cette inspiration et préparer ainsi la voie à une connaissance plus complète de la pensée et de la science juridiques allemandes!

procédât par références exactes. Pour une œuvre dont les ressources étaient étroitement limitées et les dimensions relativement restreintes, il fallait réserver les notes les plus complètes pour les dispositions de caractère important pour lesquelles on ne pût se reporter à aucun travail de langue française.

IV. Il devait en résulter une autre modification aux précédents déjà adoptés. C'était, d'ordinaire, dans l'Introduction générale, pour les traductions antérieures, que prenait place l'explication, à grands traits et par grandes lignes, des principales dispositions comprises dans l'œuvre législative que l'on avait à traduire. Du moment, pour ce qui est du Code civil allemand, que l'on acceptait un appareil de notes techniques, d'une ampleur suffisante, au moins pour les théories générales, c'eût été faire double emploi que de reprendre, sous forme d'Introduction, comme un exposé des principales institutions de droit privé réglementées par le Code civil allemand. Il suffira donc de refaire brièvement l'histoire de la confection du Code civil, d'indiquer quelle est sa portée doctrinale et technique, et quelles sont ses limites d'application.

V[1]. Il serait faux de croire que la première idée d'une

[1] Pour tout l'historique qui va suivre, voir VIERHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches;* cette étude forme le premier fascicule de la collection publiée par Bekker et Fischer sous le titre de *Bekker und Fischer Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes;* cf. également R. SALEILLES, Notice sur le Code civil allemand, publiée dans *Annuaire de législation étrangère pour l'année 1896*, p. 142 et suiv.; et du même, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand* (Paris, Pichon, 1904, p. 5 suiv.).

codification générale du droit allemand se serait fait jour seulement après la fondation en 1871 du nouvel Empire allemand. Depuis les premières années du XIXe siècle, il se faisait un mouvement progressif, avec des alternatives d'avance et de recul, dans le sens de la codification. Au moment où le XIXe siècle venait de s'ouvrir, l'Allemage juridique présentait une variété et une multiplicité de régimes qui rendaient plus difficiles encore les rapports entre nationaux des différents États. Sans doute, le droit romain, depuis sa réception en Allemagne, avait dans tout le pays la valeur d'un droit commun subsidiaire, qui devait s'appliquer à défaut de coutumes ou de législations locales; mais précisément ce caractère subsidiaire du droit commun allemand laissait place à l'infinie diversité des droits particularistes. Quelques pays n'avaient pas d'autre législation que le droit romain; mais la plupart avaient, sinon une législation codifiée, tout au moins des coutumes particulières qui l'emportaient sur le droit commun. Cependant, on peut dire que, partout, certaines matières, telles que celle des obligations, étaient entièrement régies par le droit romain; et, indépendamment de parties intégrales empruntées au droit commun et constituant ainsi un droit d'Empire unitaire, il y avait, en toute matière, et même pour les parties régies par le droit local, certaines théories, certains principes, d'application générale, tout au moins toute une technique d'ensemble, issue du droit romain, livrée sans doute au développement doctrinal, mais pour laquelle la doctrine n'avait d'autre point de départ que les conceptions romanistes.

VI. Cette part faite au droit romain, sous sa forme mo-

dernisée de «Droit des Pandectes», il y avait encore à ce moment fort peu de législations codifiées. On peut même dire qu'il n'y en avait qu'une seule; car on ne peut qu'attacher une valeur transitoire, ou tout au moins très partielle, au Code bavarois, connu sous le nom de *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, lequel date de 1756. Le seul code vraiment important qui ait précédé l'époque des grandes guerres issues de la Révolution française est le Code prussien, souvent désigné sous le nom de Code Frédéric, et dont le vrai titre est celui d'*Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Staaten*. Commencé en 1746, il entrait en vigueur le 1er juin 1794. C'est une œuvre considérable, qui se ressent, pour une bonne part, des idées philosophiques de l'époque, mais qui, sous le couvert de ce revêtement humanitaire, a recueilli un grand nombre de vieilles coutumes d'origine purement germanique. D'ailleurs, il n'avait lui-même qu'une valeur subsidiaire, ayant pris la place qu'occupait à ce titre le droit romain, mais devant subir la préférence laissée aux coutumes locales. L'Autriche, qui avait commencé, dès avant le travail de codification du royaume de Prusse, la préparation d'un Code civil, ne devait en achever l'élaboration définitive qu'en 1811. L'*Œsterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* devait s'appliquer à partir du 1er janvier 1812. Mais il faut surtout rappeler l'importation, dans les Pays rhénans, à la suite des guerres de Napoléon Ier, du Code civil français, dont une édition badoise, à peine modifiée, avait été promulguée en 1809 sous le titre de *Badisches Landrecht*.

VII. C'est alors que s'éleva le conflit resté célèbre entre le jurisconsulte Thibault, un patriote ardent qui rêvait d'éta-

blir entre toutes les fractions du territoire allemand un lien plus étroit fondé sur l'unification et la sécurité du droit, et Savigny, le romaniste éminent, qui allait être le fondateur de l'École historique. On sait comment Savigny, dans une sorte de manifeste sensationnel, essaya de démontrer la supériorité du droit à formation spontanée sur le droit promulgué.

Après avoir formulé et établi sa thèse sous une forme générale, il croyait pouvoir affirmer que l'Allemagne était un terrain très mal préparé pour la codification, et que les deux éléments vraiment créateurs d'un droit progressif, qui se mît en harmonie avec les mœurs et les traditions d'un pays, étaient la coutume, née du peuple, par le peuple et pour le peuple, le *Volksrecht*, et d'autre part la doctrine, destinée à donner aux créations juridiques d'origine populaire et spontanée la frappe scientifique, le *Juristenrecht*, en comprenant sous ce nom aussi bien le droit élaboré par les auteurs que celui appliqué par les tribunaux et issu de la jurisprudence.

Sous ces deux formes, le droit à formation évolutive s'opposait au droit à formation mécanique, par voie d'élaboration d'un texte légal, le *Gesetzesrecht*. Le triomphe de l'École historique fut un recul pour le travail d'unification du droit allemand.

VIII. Et cependant, en dépit de la grande prépondérance acquise par l'École historique, chaque État particulier ne rêvait que de mettre au point sa propre législation et de se donner un code. Dès 1817, la Prusse cherchait à réformer l'*Allgemeines Landrecht*. La Bavière, vers la même époque, entreprenait la confection d'un Code général du

droit civil. Il est vrai que le travail, qui dura jusqu'en 1854, n'aboutit qu'à la publication d'avant-projets partiels, dont la réunion constitue le Projet de code bavarois paru de 1861 à 1864, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königsreich Bayern*. Plus heureuse, la Saxe put mener à bien la tentative de codification commencée par elle en 1846, et d'où sortit un code important, promulgué en 1863, pour entrer en vigueur en 1865, sous le titre de Code civil saxon, *Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch*. D'autres États secondaires avaient suivi le même mouvement; il n'aboutit pas. Le Code civil de Saxe est donc le seul monument législatif qui ait pu être achevé en Allemagne avant la mise en œuvre des premiers projets de codification générale.

IX. Ceux-ci datent du Projet de constitution de 1849. On venait de créer un organe central investi de la fonction législative pour tout l'Empire, tel qu'il avait été reconstitué. Il est vrai que le nouvel Empire n'eut qu'une durée éphémère et que la Confédération qui suivit n'offrait plus de mécanisme unitaire pour la confection d'une législation d'Empire. Il fallait procéder par voie de conférences en quelque sorte diplomatiques, composées de délégués des États confédérés, en vue d'aboutir purement et simplement à un droit proposé à l'adoption séparée et individuelle des États. Ce ne fut qu'après la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord que le nouvel État, prenant enfin la forme unitaire, établissait au sommet de son organisation un double organe destiné au mécanisme législatif, en vue de la promulgation d'un droit fédéral unique pour tout le pays : c'était le *Bundesrath*, dérivé de l'ancienne Diète de la Confédération germanique, composée des représentants des États

confédérés, et le *Reichstag*, parlement fédéral, représentant de l'Allemagne unifiée, et chargé de légiférer pour tout le pays dans la mesure de la compétence qui lui était réservée. Or cette compétence, en matière fédérale, était encore bien restreinte. L'article XIII n° 59 de la Constitution de 1849 avait fait rentrer, sans doute, le Droit civil pris dans son ensemble parmi les matières de droit unitaire, à côté de la législation sur le change, du droit commercial, du droit pénal et de la procédure civile. Mais ce ne fut là qu'un projet emporté dans le mouvement de réaction qui suivit les événements de 1848. On se contenta alors de donner suite aux projets relatifs à la législation du change et du droit commercial. Et encore fallut-il procéder, faute d'organe central, par voie de conférences, pour soumettre ensuite les projets définitifs à l'acceptation des États. C'est ainsi que furent préparés et promulgués la Loi sur le change et le Code de commerce, qui ne furent acceptés tout d'abord que comme Lois d'État, valables individuellement pour chaque État, en attendant de devenir Lois fédérales, après l'établissement de la Confédération de l'Allemagne du Nord.

X. C'est alors que se posa vraiment la question constitutionnelle de l'unification juridique, puisqu'il s'agissait de savoir, au moment où l'on constituait un organe législatif central dont on fixait la compétence, si cette dernière allait comprendre le Droit civil pris dans son ensemble. Il semblait bien que la question fût tout à fait mûre pour l'admissibilité de cette solution. Depuis 1860, s'était fondée en Allemagne une association de juristes, comprenant tous les principaux jurisconsultes tant d'Allemagne que d'Autriche, et qui s'était donné pour mission

de préparer l'unité juridique du pays; c'était le *Juristentag* [1]. Son activité et son influence furent extrêmement fécondes. Déjà, dès 1862, on était parvenu à obtenir la nomination d'une conférence, à peu près analogue aux conférences célèbres chargées de la confection du Code de commerce, et qui devait préparer un projet de Code des obligations. La conférence se réunit à Dresde; et, de ses travaux, sortit un travail des plus importants, connu sous le nom de « Projet de Dresde ». Mais cette fois le travail de la Commission fut loin de rencontrer la même faveur de la part des États confédérés, et surtout du côté de la Prusse : on était à la veille des événements de 1866. Le Projet resta à l'état de projet. Forcément la question allait être reprise lors de la nouvelle Constitution. Aussi, peut-on s'étonner que l'amendement Miquel, ayant pour objet, dans la rédaction de l'article 4 n° 13 du Projet de constitution, de faire rentrer tout l'ensemble du droit civil dans le domaine de la compétence du Parlement d'Empire, n'ait pas été adopté; on n'accepta d'y comprendre que le Droit des obligations. Même échec, encore plus injustifiable, lors de la fondation du nouvel Empire allemand, en 1871. La nouvelle Constitution ne faisait que reproduire, à cet égard, l'article 4 n° 13 de la Constitution de 1867. Il fallut plusieurs amendements successifs, en 1872 et 1873, pour aboutir, enfin, à la Loi du 12 décembre 1873, qui déclarait le Droit civil de la compétence de la Législation d'Empire. Ce fut, comme on se trouva d'accord pour le redire un peu de tous côtés, le

[1] Sur les résultats considérables qui peuvent lui être attribués, voir l'étude de M. Duquesne, publiée dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, pages 473 et suivantes.

plus précieux des cadeaux de Noël qui pût être fait au peuple allemand.

XI. Dès le mois de février 1874, le Bundesrath, en exécution même de la loi de 1873, nommait une Commission préparatoire, désignée sous le nom d'« Avant-Commission », *Vorkommission*, chargée de déterminer le plan du futur Code civil et de fixer la méthode de travail à faire prévaloir pour sa préparation. Bien des matières, en effet, devaient être exclues du contenu du Code civil, soit parce qu'elles touchaient au domaine du droit public et administratif, soit qu'elles dussent être entièrement réservées par avance au droit particulariste des États confédérés, soit enfin qu'elles eussent été réglées déjà par des lois d'Empire, qu'il n'y avait pas lieu d'abroger pour les fondre dans le nouveau Code civil. Le programme une fois fixé, il fut convenu qu'on nommerait une Commission de rédaction, mais que, pour chacune des grandes parties du Projet, on désignerait un rédacteur spécial, dont le travail, une fois fait, servirait de base aux discussions et amendements de la Commission.

XII. Cette première Commission fut constituée par le Bundesrath le 2 juillet 1874. Le nombre de ses membres fut de onze, pris uniquement parmi les jurisconsultes professionnels, magistrats et professeurs. Elle fut présidée par le Dr Pape, conseiller secret et président de la Cour supérieure de commerce de l'Empire. L'illustre romaniste, M. le professeur Windscheid, faisait partie de la Commission; et, bien qu'il ait été obligé de se faire remplacer par la suite, il est facile de constater quelle haute influence il exerça sur l'esprit général et les tendances dans lesquelles furent dirigés les travaux de la Commission. Les rédacteurs

spéciaux furent : Gebhard, pour la Partie générale; von Kübel, pour le Droit des obligations; Johow, pour le Droit des choses; Planck, pour le Droit de famille, et von Schmitt pour le Droit des successions. Pour ce qui est du Projet partiel relatif aux obligations, son rédacteur spécial étant décédé avant qu'il fût achevé, la Commission décida de prendre le Projet de Dresde pour base de ses travaux sur ce point particulier. La rédaction de ces avant-projets partiels fut achevée vers 1880. C'est alors que commença le travail collectif de la Commission ; il dura jusqu'en 1887. En décembre 1887, le Projet, connu sous le nom de « Premier Projet », fut achevé; et, en 1888, il fut officiellement publié, avec cinq volumes de Motifs à l'appui, un pour chaque livre.

XIII. Le Projet était ainsi largement livré à la publicité; et l'on ne peut que difficilement se faire une idée exacte du nombre de brochures, articles et publications de toutes sortes, qu'il suscita; des études critiques, nettement hostiles, comme celles de Gierke par exemple [1], des contre-projets comme celui de Bähr [2], des collections spéciales à la façon de celles de Bekker et Fischer [3], et des articles innombrables publiés dans les revues de droit, d'économie politique et sociale, ou même littéraires, sans parler des journaux, articles consacrés à toute une matière spéciale ou même à de simples dispositions [4] isolées. Il faut reconnaître, en effet, que ce

[1] Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht* (1889).

[2] Bähr, *Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines B. G. B.* (1891-1892).

[3] Bekker und Fischer, *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines B. G. B.*

[4] On en trouvera la liste dans l'excellente Bibliographie de Maas: Maas, *Bibliographie des bürgerlichen Rechts* (1899), p. 20 et suiv.

Premier Projet, par beaucoup de points, prêtait à la critique. La langue en était abstraite et parfois obscure; sa technique était d'une rigueur qui eût mieux convenu à un livre d'enseignement qu'à un recueil de lois; son inspiration était exclusivement romaniste. Toutes les institutions coutumières de l'ancien droit allemand en avaient été impitoyablement écartées. C'est sur ce point principalement qu'il rencontra une opposition puissante, dont Gierke s'était fait le principal interprète. On sentit le besoin d'une revision devenue indispensable; et il fallait que le travail se fît sur nouveaux frais, dans un tout autre esprit et avec d'autres méthodes.

XIV. Ce fut en décembre 1890 que le Bundesrath décida de nommer une seconde Commission. Celle-ci fut composée de vingt-deux membres, dont beaucoup étaient pris parmi les représentants de la grande industrie, du haut commerce, et quelques-uns également parmi les représentants de la grande propriété terrienne. Cette nouvelle Commission prit pour base de ses travaux le Premier Projet et procéda par voie d'amendements sous forme de contre-projets. D'ailleurs, après que chaque partie du nouveau Projet était définitivement arrêtée, elle était immédiatement livrée à la publicité et soumise, par suite, à une critique qui s'exerçait parallèlement aux travaux de la Commission. Le Second Projet était achevé en 1895. La seconde Commission, en vue de tenir compte de la critique et de rétablir la concordance entre les divers amendements qu'elle avait adoptés, procéda à une nouvelle revision qui aboutit à un second texte du Second Projet, généralement désigné sous le nom de « Second Projet, seconde version », ou de « Second Projet revisé » : il est plus simple, et surtout plus bref, de lui donner le nom de

«Troisième Projet». C'est ce dernier qui fut soumis au Bundesrath; et, dès le mois de janvier 1896, le Bundesrath était en mesure de transmettre le Projet définitif, sous forme de Quatrième Projet[1], au Reichstag.

XV. Les difficultés les plus sérieuses allaient alors se présenter. Comment, en effet, défendre l'œuvre législative ainsi préparée, et dont toutes les parties se tenaient les unes aux autres dans un rapport harmonieux et presque indissoluble, contre le système parlementaire des amendements individuels? Le Gouvernement, de son côté, était décidé à en finir avant la clôture de la session. La seule procédure vraiment pratique eût été d'établir une entente entre les partis, de façon à obtenir d'eux de ne faire porter la discussion que sur certains points touchant aux questions politiques, sociales et religieuses. On serait ainsi tombé d'accord pour respecter dans son intégrité l'œuvre juridique des deux Commissions extraparlementaires. Ce moyen terme avait été proposé. On ne crut pas pouvoir l'admettre expressément et par un vote formel : c'eût été supprimer d'une façon trop absolue le droit d'amendement; mais, en fait, par suite d'une entente tacite que la sagesse des partis sut respecter, c'est bien à peu près à ce résultat que l'on arriva.

Le Reichstag nomma une Commission dans laquelle toutes les opinions étaient représentées. C'est là que se fit le travail vraiment utile; c'est en commission que se firent les quelques réformes de caractère juridique introduites

[1] Il constitue ainsi le quatrième Projet dans la numérotation adoptée dans la présente traduction. Il n'est que le troisième dans la terminologie généralement usitée en Allemagne.

par le Reichstag. Une fois en séance plénière, les différents partis s'en tinrent aux solutions discutées et admises par leurs délégués et représentants. La discussion ne porta vraiment que sur quelques grandes questions de caractère social et religieux.

Le Projet, qui avait subi les trois lectures exigées par la procédure parlementaire, n'en était pas moins voté définitivement le 1er juillet 1896; les travaux avaient à peine duré six mois. Et le 14 juillet le Code civil était adopté par le Bundesrath, prêt à recevoir la signature impériale, qui lui était apposée le 18 août. Le 24 août 1896, il était promulgué comme Loi d'Empire [1].

XVI. Le plan du nouveau Code civil allemand paraît avoir été emprunté aux livres de *Pandectes;* il comprend une Partie générale, formant le Livre premier, et quatre autres livres consacrés au Droit des obligations, au Droit des choses, au Droit de famille et au Droit des successions.

Toutefois, le caractère forcément doctrinal des ouvrages d'enseignement, qui avait quelque peu passé dans le Premier Projet, a heureusement disparu du texte définitif. Certaines dispositions d'allure théorique et de caractère abstrait, admises dans la première rédaction de la Partie générale, ont été écartées de la seconde. Il faut signaler, entre autres, l'article consacré à la Coutume et celui visant l'Analogie.

[1] Sur toute cette phase parlementaire de l'histoire du Code civil allemand, voir l'étude de Stoerk, *Das B. G. B. und der Gesetzgebungsapparat des deutschen Reiches*, publiée dans le *Festgabe der Greifswalder Juristen Fakultät für E. J. Bekker* (1899).

L'article 2 du premier Projet ne donnait de valeur à la coutume que dans les matières où la loi renverrait expressément au droit coutumier. C'eût été dénier toute valeur à la coutume, en tant que source du droit. Mais la seconde Commission fut d'avis de passer la question sous silence. On avait craint surtout de voir s'établir un droit coutumier particulariste; mais l'on fit remarquer que cette prétention se heurterait à l'article 2 de la Constitution de l'Empire, portant que les lois d'Empire l'emportent sur les lois d'États. Ce principe suffisait à écarter toute disposition du droit local qui serait contraire au droit d'Empire; et, si l'on avait pu craindre que le droit coutumier ne se trouvât pas expressément compris sous le terme de « Lois », employé dans la formule constitutionnelle, toute hésitation devait disparaître en présence de la Loi d'Introduction du Code civil, dont l'article 2 donnait de la Loi une définition assez large pour qu'on dût entendre sous ce terme toute disposition de droit ayant une valeur positive, de quelque source qu'elle fût tirée. Restait, il est vrai, la question de l'admissibilité d'un droit coutumier d'Empire, constitué par une coutume générale, admise dans tout l'Empire. Les conditions de formation d'une coutume de cette universalité étaient vraiment d'une réalisation trop difficile pour que le danger, à ce point de vue, à supposer que l'on dût y voir un danger, parût bien sérieux. On résolut de laisser ce point à l'évolution doctrinale et jurisprudentielle. La grande majorité des commentateurs s'est trouvée d'accord, jusqu'alors, pour admettre la possibilité d'un droit coutumier d'Empire, quel qu'en soit le caractère, qu'il ait pour objet de suppléer la loi ou même d'y contredire. Sur la question du droit coutumier parti-

cullariste, les conclusions de la seconde Commission ont été acceptées, à peu près à l'unanimité : il se trouve exclu en vertu de la constitution même de l'Empire [1].

XVII. De même que le Premier Projet avait cru devoir prendre parti sur la question du Droit coutumier, de même avait-il admis une disposition relative à l'Analogie. C'était le seul point par lequel il touchait aux problèmes concernant l'interprétation. L'article 1er déclarait que, pour les rapports de droit non réglés par le Code civil, il y aurait à faire application correspondante des dispositions admises pour des rapports analogues, et que, si toute disposition de ce genre faisait défaut, il faudrait se laisser guider par les principes résultant de l'esprit général de l'ensemble du droit. C'était reconnaître, comme l'a fait le Code civil français, que le juge n'avait pas le droit de s'abstenir de juger, en arguant des lacunes ou du silence de la loi. Seulement, le Projet voulait, en outre, que, pour combler ces lacunes, le juge allemand, au lieu de s'inspirer, comme il aurait pu être tenté de le faire, des règles générales de l'ancien droit commun allemand, cherchât une base de direction dans le droit nouveau, pris dans l'ensemble de ses dispositions, et entendu de toutes les parties du droit positif, à quelque source qu'elles fussent empruntées. Mais il sembla à la seconde Commission que cette définition pouvait présenter d'assez réels dangers, et surtout fournir une base d'interprétation beaucoup trop étroite. La crainte que l'on ait pu faire revivre, à titre de droit subsidiaire, le droit

[1] Pour toute cette question de la coutume dans le Code civil allemand (*B. G. B.*), voir F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), p. 384 et suiv.

romain, tel qu'il avait pu former le droit commun de l'Allemagne, était tout à fait chimérique. Le principe même de codification s'y opposait, puisqu'il est admis que la promulgation d'un code a pour effet de faire table rase de tout le passé juridique, et que même, s'il subsiste des lacunes, ces dernières doivent être comblées d'après l'esprit de la législation nouvelle, et non par application des règles de droit positif qui, dans la législation antérieure, auraient pu viser le point en cause. En réalité, l'article 1er du Premier Projet ne disait rien de plus que ce qui ressortait déjà du fait même de la confection d'un Code civil unique pour toute l'Allemagne. Mais, d'autre part, on pouvait en tirer cette conclusion, que le juge n'aurait eu à se laisser conduire que d'après des conceptions juridiques abstraites résultant de la concordance des solutions positives du droit, sans tenir compte de l'influence des faits sociaux ou économiques qui, surtout lorsqu'il s'agit des lacunes à combler, paraissent devoir présenter une valeur considérable. Aussi la seconde Commission fut-elle d'avis, là, comme en matière de droit coutumier, de n'admettre aucune disposition de principe; elle s'en remettait par avance aux règles qui seraient tracées par la doctrine [1].

XVIII. Ces dispositions de caractère doctrinal ayant été écartées, il fut entendu que la Partie générale se composerait, non pas, comme on pourrait le croire *a priori*, de règles abstraites et de définitions juridiques, mais de dispositions concrètes ayant trait à la réglementation de certaines matières juridiques qui ne pouvaient trouver

[1] Cf. également Gény, *loc. cit.*, n° 107, n°s 165 et suiv.

aucune place adéquate dans les parties spéciales. C'est ainsi qu'elle s'ouvre par une réglementation de la matière des Personnes, considérées comme sujets de droit, en y comprenant la question du Domicile, celle de la Disparition, correspondant à notre théorie de l'Absence, et celle de la Capacité. C'est dans cette section que se trouve le titre si important consacré aux Personnes juridiques; il traite de toute la partie du Droit d'association touchant au droit privé.

Après avoir traité des Personnes, la Partie générale contient une série de définitions et de classifications relatives aux Choses, envisagées comme objets de droit. Mais ce n'est pas à cette place qu'il est traité des droits dont elles sont susceptibles : cette matière concerne le Droit des choses et forme un titre spécial du Code civil. Après avoir en quelque sorte envisagé les deux extrémités de la chaîne, il fallait analyser le procédé mis à la disposition des parties pour créer un rapport de droit, et relier ainsi le sujet à l'objet. C'est la partie consacrée à la théorie de l'Acte juridique et que l'on pourrait intituler « Des créations juridiques dépendant de la libre volonté des particuliers ». C'est la part faite au principe de l'autonomie de la volonté privée : celle-ci est aussi large que possible, au moins dans les résultats de fait, et en laissant de côté toutes les conceptions se rattachant aux différents systèmes sur la valeur sociale du droit subjectif. Après l'Acte juridique considéré sous son point de vue le plus général, viennent les dispositions relatives au Contrat et au mode de formation du contrat. Il faut y joindre certaines matières connexes, telles que la théorie des Modalités, celle de la Représentation et autres de ce genre. Enfin, s'ouvre une série importante et minu-

tieuse de dispositions consacrées à ce que nous appelons la « Prescription extinctive des droits », la seule que connaisse, au moins sous ce nom, le Code civil allemand, puisque la prescription acquisitive a repris sa place naturelle, sous le nom d'« Usucapion », parmi les modes d'acquisition de la propriété, dans le Droit des choses.

Cette Partie générale se termine par quelques dispositions de caractère un peu théorique ayant trait à la question si importante, au point de vue des principes sociaux et, si l'on peut dire ainsi, de la conception même du droit public, de la défense privée et de la justice personnelle. Il s'y joint une réglementation assez minutieuse des conditions à remplir lorsqu'il y a lieu de fournir une sûreté, pour que celle-ci soit considérée comme valable et qu'on en puisse imposer l'acceptation.

Sans vouloir insister, dans cette Introduction, sur le fond même des dispositions, puisque les développements qui les concernent seront donnés sous forme de notes, peut-être est-il permis de faire exception ici en faveur de l'un des articles de la Partie générale qui pourront paraître constituer l'une des innovations les plus hardies, et aussi les plus heureuses, du droit nouveau, celle de l'article 226, consacrant, d'une façon générale, la théorie connue sous le nom d'« Abus droit ». Alors que, d'après les traditions antérieures, il n'y avait d'atténuation possible à l'exercice abusif d'un droit que sur le terrain, et d'après les conditions d'application, des règles relatives au délit civil, le nouveau droit allemand a fait de l'abus de droit une théorie indépendante, d'après laquelle il est permis au juge de rechercher quelles sont objectivement les limites du droit subjectif. Il lui sera donc

permis de considérer comme inefficace et sans valeur tout exercice d'un droit dépassant les limites que les mœurs, l'équité et l'intelligence des rapports sociaux mettent à son application.

XIX. Le second Livre du Code civil traite des Obligations, envisagées d'abord en elles-mêmes, et ensuite par rapport à leurs sources. Cette distinction, depuis longtemps déjà, est admise comme la seule qui s'impose, au point de vue d'une bonne méthode. Elle a été acceptée dans tous les ouvrages d'enseignement et de doctrine. Elle devait être également consacrée sur le terrain législatif. L'obligation a un contenu, des modalités et des moyens de sanction, qui ne dépendent en rien de son origine, pas plus qu'il n'y a lieu de tenir compte de cette dernière pour décrire les modes de cession ou d'extinction d'un rapport obligatoire. Cette théorie générale ainsi présentée, il y avait lieu d'élucider certains rapports d'obligation, pris en particulier, envisagés, par conséquent, d'après leur procédé de création. Ce sont ceux qui ont leur source, soit dans un contrat considéré à titre de contrat particulier, soit dans un mode de formation autre que le contrat : ils ont leur fondement, dans ce dernier cas, soit dans un fait illicite, soit dans un enrichissement sans cause. C'est également dans cette seconde partie que se trouve l'importante théorie des Obligations au porteur. On sait, en effet, que, d'après les conceptions les plus récentes, la souscription d'une obligation payable au porteur est analysée comme un mode direct de création juridique, indépendant de la cause antérieure sur le fondement de laquelle l'obligation est souscrite. Aussi, fallait-il faire une place à part à ce mode générateur d'obligation et

considérer le rapport obligatoire qui en dérive comme ayant son existence propre et ses modalités particulières, exigeant par conséquent une réglementation spéciale.

XX. Le Livre III, consacré au Droit des choses, s'ouvre par l'importante théorie de la Possession, l'une de celles dont la valeur doctrinale n'a fait que s'accroître depuis les travaux déjà lointains de Savigny, et à laquelle les ouvrages de Ihering ont donné comme un regain d'actualité. Le Code civil allemand s'est largement inspiré des théories nouvelles qui se sont fait jour en cette matière; on peut dire de cette dernière, sur le terrain scientifique, tout au moins, qu'elle est de celles qui sont aujourd'hui complètement renouvelées. Le nouveau Code allemand est venu, à son tour, recueillir en quelque sorte le bénéfice de tout ce large mouvement scientifique. On en peut dire autant de la théorie relative aux modes d'acquisition de la propriété, qui s'est trouvée modifiée du tout au tout par l'introduction du système des Livres fonciers; et la même répercussion s'est fait sentir en tout ce qui touche au crédit réel. Toute cette matière est assurément l'une de celles qui peuvent présenter l'intérêt le plus actuel au point de vue du droit comparé. Autant il est délicat de s'inspirer d'une législation étrangère dans tout ce qui a trait aux rapports de famille, autant il est indispensable, lorsqu'il s'agit des droits patrimoniaux, de tirer profit de tous les progrès réalisés par les législations les plus récentes, celles qui, venant à leur heure, ont su se mettre au point des exigences économiques du monde moderne. Le droit est un facteur puissant du progrès économique; il n'est pas plus permis de négliger un bon instrument juridique qu'il ne serait prudent d'ignorer

une invention nouvelle sur le terrain industriel. De plus en plus, le monde européen et celui d'outre-mer ne constituent qu'une vaste place ouverte aux échanges internationaux ; l'unité de technique juridique tend à se réaliser peu à peu dans le monde des affaires. Ce qui est vrai du droit commercial le devient peu à peu de tout le droit patrimonial, pris dans son ensemble. Comment rêver d'une réciprocité d'usages commerciaux, si le crédit réel n'offre pas, de part et d'autre, les mêmes garanties et la même sécurité ? Si donc le nouveau droit allemand présente, sur toute cette question du droit patrimonial, droit des obligations et droit des choses, sinon un progrès qui s'impose sur tous les points, tout au moins un essai plus complet d'adaptation du droit aux nécessités économiques de l'heure présente, il est indispensable que l'étude des conceptions qu'il a introduites, ou des institutions qu'il a créées, soit poussée un peu partout, et de la part de tous les hommes compétents, aussi loin que possible.

XXI. Le Livre IV constitue, à coup sûr, la partie strictement nationale du Code civil allemand, puisqu'il se réfère au Droit de famille, considéré au point de vue des relations créées entre les personnes et au point de vue également des rapports pécuniaires qui en sont la conséquence. Après avoir parlé du mariage et de ses effets, ainsi que de la condition des époux au point de vue de leurs rapports personnels, il traite du régime des biens, envisagé comme un effet direct du mariage. Il s'agit là de questions sociales d'une haute importance; c'est l'un des points, puisqu'il touchait au mouvement féministe, si puissant en Allemagne, qui donnèrent lieu à une large discussion au

Reichstag. On demandait l'égalité de situation pour les deux époux; on n'aboutit qu'à supprimer dans les termes toute idée de puissance maritale. Mais, dans les faits, le mari garde le dernier mot dans toutes les questions qui intéressent la vie commune. On eût voulu établir, comme régime légal, la séparation de corps; on admit, sans doute, un régime séparatiste, en ce qui touche la propriété des biens, mais avec concentration de la jouissance tout entière aux mains du mari. Il est vrai que l'on réserva à la femme, en pleine disposition, ses gains et salaires, ainsi que les biens qui lui seraient donnés ou constitués sous cette réserve. Cette atténuation au droit de jouissance du mari a pu paraître bien insuffisante encore, surtout si l'on observe que cette réserve légale n'existe pas de plein droit sous les régimes conventionnels, et que, dès qu'il y a un contrat de mariage, il faut, si la femme veut garder l'administration et la disposition de ses gains et salaires, qu'elle fasse de cette réserve l'objet d'une clause expresse. La matière du divorce a fait l'objet d'une réglementation minutieuse, sans avoir donné lieu, au point de vue de la discussion, à des difficultés bien sérieuses.

Il n'en fut pas de même de ce que le Code civil appelle «la suppression de la communauté de vie entre époux», ce qui n'est autre que la séparation de corps traditionnelle. Ce point touchait aux questions de liberté de conscience ; c'était un de ceux qui intéressaient le plus vivement les populations catholiques de l'Empire. Le parti du Centre prit une part importante à la discussion de la matière.

C'était une de celles qui, dans l'entente tacite admise entre les partis, devait être réservée à une joute oratoire,

vraiment large et brillante, entre les représentants des différents groupes politiques.

Toute la partie qui suit, et qui a trait à la parenté et aux rapports qui en dérivent, en même temps qu'à la preuve de la filiation, présente, au point de vue social, un intérêt de premier ordre, surtout dans l'organisation de la famille naturelle. Le système des rapports de parenté admis à l'égard des enfants naturels, quoique reproduit presque directement du droit romain, se trouve en harmonie également avec les rapports sociaux qui tendent à prévaloir dans la vie moderne : l'enfant se rattache à la mère, parce que, lorsque le père a refusé le mariage, c'est la mère qui constitue pour lui son centre de famille, et il n'a à l'égard du père naturel aucun lien de filiation légale. Que l'on remarque aussi combien ce système devait faciliter la solution si complexe du problème de la recherche de la paternité; il ne s'agit plus, en effet, de déclarer que tel individu est le père de l'enfant et de fonder entre lui et l'enfant aucun rapport de parenté, mais d'établir que tel individu, par le fait même des rapports qu'il avait eus avec la mère, avait accepté les risques pécuniaires des conséquences qui pourraient en résulter. Il devra donc supporter ceux qui seraient relatifs à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, né, non pas forcément de lui, mais à une époque qui rendît cette filiation probable ou même simplement possible. Toute cette partie se termine enfin par la réglementation des mesures de protection à l'égard des incapables; et cette organisation, quoique nouvelle par rapport au système français, n'offre qu'assez peu d'innovations au regard de celui déjà introduit en Prusse par les lois de 1875. Elle

se caractérise surtout par le système d'une haute tutelle d'État, exercée par un organe judiciaire, qui joue le rôle de juridiction familiale, et substituée au système traditionnel d'une tutelle de famille soumise au contrôle d'un conseil de parents. Ce sont là des institutions dont l'étude est importante au point de vue de l'adaptation du droit aux rapports sociaux, mais qui ne peuvent fournir que sous réserve d'une prudence extrême d'inspirations directes pour les réformes comparatives en matière de législation.

XXII. Le Livre V traite du Droit des successions, en comprenant sous ce titre la succession testamentaire aussi bien que la succession *ab intestat*. Sous ce rapport également, il n'y a guère que le côté patrimonial du droit de succession qui peut être objet d'imitation directe; les points qui touchent à l'organisation de la famille se réfèrent à un ordre d'idées différent. Il en est ainsi, par exemple, de la réglementation de la vocation héréditaire, fondée sur le système des parentèles, substitué au système de la proximité du degré. Il est vrai qu'on se fût attendu à une limitation assez étroite du droit de succession; on l'avait proposé. Le Reichstag a complètement modifié sur ce point l'œuvre des commissions et déçu l'attente de tous les partisans d'une large réforme successorale. L'atténuation apportée à l'application de ce système traditionnel se trouve dans une forte organisation du droit héréditaire du conjoint. Mais elle suppose que le défunt laisse un conjoint susceptible de passer avant des parents d'une parentèle éloignée. Le Code civil a été beaucoup plus heureusement inspiré en réglementant les questions de responsabilité aux dettes, de façon à organiser tout un système de liquidation collective de la suc-

cession, qui supprime, à peu près d'une façon absolue, la responsabilité illimitée de l'héritier. Il faut reconnaître cependant que la forme sous laquelle cette organisation est présentée est, elle-même, tellement équivoque, que les auteurs n'ont pu se mettre d'accord sur le principe de droit commun à admettre comme devant servir de base au droit héréditaire : principe de responsabilité limitée ou de responsabilité illimitée? La réponse est loin d'apparaître très clairement. Heureusement, l'intérêt pratique de la solution est assez mince, car les cas de responsabilité illimitée, quelle que soit la théorie admise, resteront toujours tout à fait exceptionnels, sans qu'il puisse y avoir à cet égard aucune de ces surprises vraiment iniques, qui sont le côté profondément injuste du système français en cette matière. En revanche, on peut signaler l'influence du droit français dans l'admission du testament olographe et la réglementation, assez conforme d'ailleurs aux précédents traditionnels, de la réserve héréditaire. La consécration des contrats d'institution d'héritier et pactes de renonciation constitue, au contraire, une importation d'origine germanique incontestable.

XXIII. La première Commission avait été d'avis de préparer, au moins à titre éventuel, un sixième livre relatif aux questions d'application territoriale du droit et, par suite, aux conflits de lois. C'eût été un code du droit international privé rédigé en vue des solutions à admettre en Allemagne sur le terrain du droit positif allemand. Le Chancelier de l'Empire n'avait pas été d'avis, cependant, de le joindre au Premier Projet. Sans tenir compte de cette opinion défavorable, la seconde Commission reprit l'œuvre de sa devancière et en fit un sixième livre destiné à faire corps avec son projet. Ce

fut le Bundesrath qui écarta définitivement toute cette partie relative au droit international privé. Elle ne figure pas dans le Projet définitif soumis au Reichstag.

XXIV. La terminologie du Code civil allemand constitue une technique spéciale, d'une précision scientifique extrêmement rigoureuse. On peut dire qu'on a créé toute une langue juridique particulière au Code civil. La terminologie de la doctrine était d'autant plus flottante, qu'en cette matière surtout, avec un instrument aussi souple et aussi riche que la langue allemande, chacun avait à cœur de lancer une expression nouvelle, plus adéquate à ses propres conceptions juridiques. Parmi cette multiplicité de formules, il fallait opter; chaque expression choisie acquérait ainsi une valeur légale. De plus, on a adopté le système des définitions légales; non pas qu'on ait défini les institutions ou les conceptions doctrinales appelées à leur servir de base. Cette technique a été réservée à la doctrine et complètement exclue de la loi. C'est l'une des qualités les plus saillantes du Code civil allemand. Mais, comme on tenait à consacrer, en chaque matière, certains termes dont la valeur n'était pas officiellement fixée, il a fallu indiquer légalement le sens exact sous lequel ils allaient être employés. Ce système de définitions purement techniques a permis d'alléger de beaucoup les dispositions où certains faits juridiques devaient figurer : il a suffi de les désigner par l'expression une première fois définie et admise par la terminologie du Code civil. Ces définitions légales sont indiquées par l'emploi de parenthèses, destinées à encadrer l'expression ainsi définie, à la suite de la formule qui en constitue la définition.

Il va de soi que, pour tous ces termes auxquels la loi donnait elle-même une valeur officielle, il fallait, dans la traduction également, faire choix d'une expression invariable, qui dût s'employer d'une façon identique chaque fois que se retrouvait le mot allemand ou la formule allemande correspondants. Ce choix a dû être fait par voie d'entente commune entre les traducteurs; il était indispensable aussi que l'énumération de ces termes officiels figurât, sous forme de Lexique spécial, en tête de la traduction.

XXV. A côté de ces expressions définies par la loi elle-même, il en est beaucoup d'autres, et même de simples tournures grammaticales, auxquelles les auteurs du Code civil ont entendu attribuer un sens précis et qui, dans une traduction d'une rigueur absolue, auraient dû, chaque fois également, être rendues par un seul et même terme correspondant, toujours identique.

Naturellement cette méthode était impossible, surtout pour une traduction faite à plusieurs, par tranches séparées. S'agissant surtout d'expressions susceptibles de se prêter, à côté de leur signification technique, à un sens purement usuel, on ne pouvait guère s'imposer de ne les traduire jamais que par un seul et même mot, qui forcément eût été incapable, vu le génie différent des deux langues, de se plier aux mêmes variétés de sens que le terme allemand correspondant. Il y avait même un danger à craindre; c'est que, si l'on eût employé dans la traduction des expressions françaises susceptibles de paraître étranges ou forcées dans quelques-unes des formules où elles figureraient, le lecteur fût tenté de leur attribuer partout et toujours une valeur technique qu'elles seraient loin

d'avoir dans le texte original. Aussi fallait-il, à côté d'une certaine rigueur de terminologie, imposée par la technique même du Code civil allemand, admettre une souplesse de traduction devenue indispensable, et comportant l'emploi de variantes ou d'équivalents, suivant les différents cas ou les différents emplois d'une même expression. Pour réaliser cette sorte de procédé mixte, les traducteurs, après avoir fixé la traduction *ne varietur* des termes légalement définis, se sont entendus pour faire choix d'expressions susceptibles de prendre, dans quelques-uns des emplois qui en ont été faits, une valeur propre; et, pour cette seconde catégorie également, ils ont accepté une traduction commune, mais de caractère moins rigoureux que pour la catégorie des définitions légales, puisque dans la plupart des cas, au lieu de fixer un seul terme, il a fallu admettre des doublets, mis à la disposition des traducteurs [1] Il a semblé, toutefois, pour les raisons qui viennent d'être indiquées, et vu l'impossibilité de faire un choix

[1] Il y a un point sur lequel l'entente ne s'est faite qu'assez difficilement parmi les traducteurs, c'est en ce qui concerne la terminologie même à adopter pour chacun des paragraphes constituant une disposition ayant sa numérotation propre dans le Code civil. Ce dernier, suivant en cela un système adopté par certaines législations, et plus volontiers dans les documents législatifs des Pays anglo-saxons, considère chacune de ces dispositions comme un simple paragraphe (§) d'un ensemble législatif unique. On a réservé le mot *article* pour les dispositions, chacune en effet très spécialisée et très indépendante, de la Loi d'Introduction. Le Comité de législation étrangère n'a pas cru devoir, dans la traduction française, conserver cette distinction, qui eût quelque peu tranché avec les précédents déjà adoptés pour les traductions antérieures. Il a tenu, par respect pour ces traditions, à ce que l'on traduisît par le mot *article* les §§ (*paragraphes*) du *Bürgerliches Gesetzbuch*. Encore fallait-il, pour éviter toute méprise, en donner la présente explication.

rigoureusement précis de cette seconde catégorie d'expressions, que la liste ainsi formée ne devait pas figurer en tête de la traduction.

XXVI. Cette première difficulté réglée, s'en présentait une seconde, dont la solution, d'ailleurs, se trouvait déjà fortement préjugée par l'examen de la question qui précède. Il s'agit de l'esprit même dans lequel devait être faite une traduction du Code civil allemand. Il n'est pas douteux, en effet, qu'il renferme certaines institutions de droit privé que le droit français ignore. Il est plus certain encore que, même dans la réglementation d'institutions similaires, il s'inspire de conceptions étrangères à la doctrine française et que ces conceptions doctrinales allemandes se sont traduites, dans le texte légal, par des expressions qui sont loin de répondre aux termes correspondants admis en France dans la pratique du droit. On risquait donc, en traduisant ces expressions d'origine allemande par l'expression française exactement correspondante, d'induire en erreur le lecteur français, surtout s'il est juriste, précisément parce que le terme qui serait employé s'éloignerait de celui auquel il est habitué.

On pouvait ainsi concevoir deux méthodes de traduction : la première qui, pour éviter le danger dont il vient d'être parlé, s'attacherait à rendre les expressions techniques allemandes, non pas par le terme français qui en donnât le sens juridique littéral, mais par l'expression juridique française employée par la pratique pour désigner l'institution similaire ou le fait juridique similaire visés par la terminologie allemande, méthode de traduction approximative et non plus de traduction rigoureusement exacte.

La seconde, au contraire, visant à l'exactitude rigoureuse, eût traduit la formule du texte par son équivalent littéraire français, alors même que ce dernier n'appartînt pas à la technique juridique du droit français. En agissant ainsi, on s'exposait à créer une technique juridique nouvelle, différente de celle qui a cours.

Mais comment faire autrement si l'on veut permettre au lecteur, que l'on suppose incapable de recourir à l'original, de pénétrer l'esprit du droit allemand et celui de la législation allemande; si c'est, en effet, le droit allemand qu'il s'agit de faire connaître, non pas à coup sûr pour substituer sa technique à la nôtre, mais pour juger précisément de la diversité des disciplines et faciliter la comparaison entre le génie juridique des deux peuples?

Cette méthode de traduction exacte, substituée à la méthode de traduction approchée, qui n'est qu'une méthode d'adaptation, aurait pu, sans doute, offrir certains dangers d'équivoques et de méprises, si le texte n'eût été accompagné d'aucun appareil de notes qui l'expliquent. Avec le système de notes adopté pour la traduction, et permettant de ramener à leur valeur exacte les expressions susceptibles de surprendre le lecteur français ou qui lui seraient peu familières, la méthode d'exactitude rigoureuse a paru la seule qui fût digne d'une œuvre vraiment scientifique, la seule aussi qui pût rendre des services à la pratique, puisque, sous chaque terme technique, alors même qu'il s'éloigne des formules usuelles et précisément parce qu'il s'en éloigne, se cache une nuance de conception juridique que la pratique a intérêt à connaître.

XXVII. On vient de voir que la technique et la terminologie

du Code civil allemand offrent une importance considérable au point de vue même de son interprétation. Il y a lieu, dans le même ordre d'idées, de préciser nettement le caractère et la valeur des documents législatifs qui le concernent, et qui correspondent à ce que l'on est convenu d'appeler « les Travaux préparatoires ». Ils sont de deux sortes; il y a tout d'abord les discussions et travaux parlementaires qui jouent, pour ce qui est du Code civil allemand, le même rôle que tout appareil législatif de même ordre pour une loi quelconque.

Il faut signaler surtout, en dehors des discussions en séance plénière au Reichstag, le Rapport présenté au nom de la Commission du Reichstag, indiquant chacun des amendements au Projet, présentés devant la Commission, adoptés ou repoussés par elle, avec exposé des motifs à l'appui. C'est un document de la plus haute importance[1].

En regard de cette première catégorie, il faut placer les documents extraparlementaires, résumant les travaux des deux Commissions successives, chargées de la rédaction des Projets. Mais il importe d'en bien déterminer la nature exacte. Le premier, et peut-être le plus important de ces documents extraparlementaires, est le Recueil des Motifs officiels du premier Projet. Ces Motifs ont été publiés par décision du Bundesrath et rédigés, pour chaque livre respectif, par le rédacteur spécial qui avait préparé et présenté devant la première Commission l'avant-projet correspondant au livre du Code civil auquel le volume des Motifs était consacré[2]. Ces Motifs expliquent donc exactement

[1] *Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines B.G.B.* (Heymann, 1896).

[2] *Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B.* (5 vol. Guttentag, 1888).

les raisons qui, en présence des différents systèmes proposés à l'admission de la Commission, avaient emporté la décision de la majorité en faveur de celui qu'elle avait adopté. La plupart du temps, toute question de détail à part, le système du premier Projet ayant été maintenu par la seconde Commission, l'exposé officiel fait pour le premier Projet sert d'exposé de motifs pour la solution définitive. Seulement, il faut remarquer que la rédaction de ces Motifs n'a été ni contrôlée, ni collectivement approuvée, par la deuxième Commission, de telle sorte qu'elle n'a que la valeur d'un exposé individuel, qui reflète, sans doute aussi exactement que possible, l'opinion d'ensemble de la Commission, mais sans être l'expression directe de cette opinion elle-même.

Il faut en dire autant des Comptes rendus des séances de la seconde Commission dont la valeur officielle a exactement le même caractère, puisque, ayant été rédigés par les secrétaires rédacteurs, ils n'ont pas été discutés ni approuvés en séance collective de la Commission[1]. Tous ces documents n'en ont pas moins une portée considérable, puisqu'ils expriment, non plus sous la forme individuelle d'un discours parlementaire, mais avec toute l'autorité d'un exposé d'ensemble, l'opinion qui, sur chaque point donné, peut être considérée comme représentative de la majorité et le but exact, par conséquent, que les auteurs du texte avaient eu en vue. Il faut ajouter enfin l'important Mémoire, préparé par les soins du Ministère de la justice, et qui accompagna le dépôt au Reichstag du Projet définitif[2].

[1] *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B.* (Guttentag).

[2] *Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., nebst Anlagen.*

Comme il était indispensable que, dans les notes jointes à la traduction, les références à ces documents législatifs revinssent fréquemment, il a paru nécessaire, pour gagner de la place, d'adopter un système d'abréviations dont on trouvera la liste en tête de la traduction. Il n'était pas inutile, également, de les faire suivre d'une énumération très courte des principaux commentaires déjà parus, et qui ont dû être utilisés par les annotateurs. Celui, sans contredit, auquel les emprunts les plus fréquents ont été faits, est le grand ouvrage commencé sous la direction de Planck et qui porte son nom, bien que chaque partie émane d'un rédacteur différent[1]. Son caractère éminemment pratique et exégétique le rendait plus particulièrement utile pour le but que l'on avait en vue, et qui était beaucoup moins de discuter la valeur doctrinale des institutions que d'en exposer la portée d'application concrète.

XXVIII. Telle qu'elle se présente au public de langue française, la nouvelle traduction du Code civil allemand n'a certes pas la prétention de constituer une œuvre parfaite. En dépit des efforts des traducteurs, et par cela seul qu'un travail d'ensemble était rendu impossible par le fait même de leur dispersion, elle se ressentira forcément d'une méthode de travail par fractions distinctes. Si nettement précisés qu'aient été les caractères des annotations à joindre au texte, il est inévitable que, pour chaque partie séparée, il y ait trace de certaines divergences d'esprit qui laissent apparaître quelque peu de diversité de surface. Ces variétés de forme ne pouvaient être un obstacle à l'utilité foncière

[1] Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Guttentag); voir *supra*, p. VI, note 1.

de l'œuvre totale. Pourvu que, sur chaque point, le lecteur français puisse trouver ce qu'il a droit de chercher, c'est-à-dire une explication très nette du sens exact de la formule admise par le texte, le reste n'a plus qu'une importance secondaire. Il ne pouvait être question de faire œuvre parfaite au point de vue littéraire; il fallait fournir, avant tout, un bon instrument de travail pour la connaissance du droit allemand.

L'ambition des traducteurs ne pouvait aller au delà. Ils ont eu la conscience, en le faisant, de seconder les intentions si élevées du Comité et de s'associer ainsi à une œuvre qui aidera puissamment, il faut l'espérer, aux progrès de la science du droit dans notre pays.

LEXIQUE.

DÉFINITIONS LÉGALES[1].

Abtretung (einer Forderung), art. 398 : cession (de créance).

Anfall der Erbschaft, art. 1942 : dévolution de l'hérédité.

Anfall des Vermächtnisses, art 2176 : dévolution du legs.

Anspruch, art. 194 : prétention (= droit, action).

Auflage, art. 1940 : charge.

Auflassung, art. 925 : dessaisine.

Ausstattung, art. 1624 : dotation.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeit, art. 1090 : servitude personnelle limitée.

Ehevertrag, art. 1432 : contrat de mariage.

Eigenbesitzer, art. 872 : possesseur pour soi.

Eingebrachtes Gut, art. 1363 : bien d'apport.

Einrede der Vorausklage, art. 771 : exception de discussion.

Einwilligung, art. 183 : autorisation.

Erbbaurecht, art. 1012 : droit de superficie héréditaire.

Erben, art. 1922 : héritiers.

Erbfall, art. 1922 : ouverture de la succession.

Erbfolge[2] *nach Stämmen*, art. 1924 : ordre successoral par souches.

Erbschaft, art. 1924 : hérédité.

Erbschaftbesitzer, art. 2018 : possesseur d'hérédité.

Erbschein, art. 2353 : certificat d'héritier.

Erbteil, art. 1922 : part héréditaire.

Erbvertrag, art. 1941 : contrat d'hérédité.

Erfüllung Zug um Zug, art. 274 : exécution trait pour trait.

Erneuerungsschein, art. 805 : talon de renouvellement.

Ersatzerbe, art. 2096 : héritier substitué.

Ersitzung, art. 937 : usucapion.

Erwerb von Todeswegen, art. 1369 : acquisition à cause de mort.

[1] Sous cette rubrique sont comprises les expressions techniques expressément définies par un texte du Code civil allemand (conf. Introduction, n° XXIV). — [2] L'expression n'est légalement définie que dans la formule composée que vise l'article 1924. Sous sa forme simple (*Erbfolge*), il a paru à peu près impossible de s'en tenir uniquement à la traduction adoptée dans l'article 1924, vu que, très souvent, le mot *Erbfolge* désigne purement et simplement la *succession héréditaire*.

Fahrlässigkeit, art. 276 : négligence.
Fahrnisgemeinschaft, art. 1549 : communauté de meubles et acquêts.
Freies Vermögen (eines Kindes), art. 1640 : patrimoine libre (d'un enfant).
Gemeinschaft nach Bruchtheilen, art. 741 : indivision par quotes-parts.
Gemeinschaftlicher Erbteil, art. 2093 : part héréditaire commune.
Genehmigung, art. 184 : approbation.
Gesammtgläubiger, art. 428 : créanciers solidaires.
Gesammthypothek, art. 1132 : hypothèque solidaire.
Gesammtgut, art. 1438, 1519 : bien de communauté.
Gesammtgutsverbindlichkeiten, art. 1459, 1530 : engagements de communauté.
Gesammtschuldner, art. 421 : débiteurs solidaires.
Gesellschaftsvermögen, art. 718 : patrimoine social.
Gewährfristen, art. 482 : délais de garantie.
Grunddienstbarkeit, art. 1018 : servitude foncière.
Grundschuld, art. 1191 : dette foncière.
Guter Glauben, art. 932 : bonne foi.
Hauptmängel, art. 482 : vices rédhibitoires.
Hypothek, art. 1113 : hypothèque.
Inventar, art. 1993 : inventaire.
Inventarfrist, art. 1994 : délai d'inventaire.
Inventarerrichtung, art. 1993 : confection d'inventaire.
Kennen müssen, art. 122 : devoir nécessairement connaître.
Letztwillige Verfügung, art. 1937 ; disposition de dernière volonté.
Minderung, art. 462, 634 : diminution.
Mittelbarer Besitz, art. 868 : possession médiate.
Nacherbe, art. 2100, arrière-héritier.
Nachlasspfleger, art. 1960 : curateur à succession.
Nachlassverwaltung, art. 1975 : administration de la succession.
Niessbrauch, art. 1070 : usufruit.
Oeffentliche Versteigerung, art. 383 : vente aux enchères publiques.
Pfandrecht, art. 1204 : droit de gage.
Quittung, art. 368 : quittance.
Reallast, art. 1105 : redevance foncière.
Rentenschuld, art. 1199 : rente foncière.
Sachen, art. 90 : choses.
Schatz, art. 984 : trésor.
Schenkung, art. 516 : donation.
Schuldanerkenntnis, art. 781 : reconnaissance de dette.
Schuldverscheirbung auf der Inhaber, art. 793 : dette souscrite au porteur.
Schuldversprechen, art. 780 : promesse de dette.
Sicherungshypothek, art. 1184 : hypothèque de garantie.
Standesmässiger Unterhalt, art. 1610 : entretien conforme à la condition.

Testament, art. 1937 : testament.
Unverzüglich, art. 121 : sans retard.
Verbrauchbare Sachen, art. 92 : choses consomptibles.
Verbotene Eigenmacht, art. 858 : voie de fait prohibée.
Vergleich, art. 779 : transaction.
Vermächtniss, art. 1939 : legs.
Vermögensverwaltung (*des Inhabers der elterlichen Gewalt*), art. 1638 : administration patrimoniale (du détenteur de la puissance parentale).
Vertragserbe, art. 1941 : héritier contractuel.
Vertretbare Sachen, art. 91 : choses fongibles.
Vollmacht, art. 166 : procuration.
Vorausvermächtniss, art. 2150 : legs préciputaire.
Wandelung, art. 462 : rédhibition.
Wesentliche Bestandtheile, art. 93 : parties constitutives essentielles.
Zurückbehaltungsrecht, art. 293 : droit de rétention.
Zustimmung, art. 182 : assentiment.

FORMULES TECHNIQUES[1].

§ : article (art.)[2].
Abschnitt : section (sect.).
Absatz : alinéa (al.).
Satz : proposition (pr.).
Kann : peut.
Nicht kann : ne peut.
Darf : est autorisé à — il est permis de.
Nicht darf : n'est pas autorisé à — il n'est pas permis de.
Soll : doit[3].
Er hat zu / *Ist zu* } doit — il y a lieu de.
Muss : doit nécessairement[3].
Gelten machen : faire valoir, invoquer.
Wenn, soweit, sofern, nicht ein anderes bestimmt ist : à moins qu'il en ait été disposé autrement.
Wenn, sofern, sich nicht ein anderes ergieb : à moins que, en tant que, il ne résulte de — qu'il doive en être autrement.
Soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist : en tant qu'il n'y a pas lieu d'admettre une volonté différente.
Es sei denn dass ein anderer Wille anzunehmen ist : à moins qu'il y ait lieu d'admettre une autre volonté.
Die Vorschrift der § — *findet entsprechende Anwendung :* la règle —

[1] Sous cette rubrique sont comprises quelques-unes des principales formules employées dans le Code civil allemand dans un sens technique spécialisé. — [2] Cf. *supra*, p. XXXIII, note 1. — [3] Voir les notes des articles 56 et 57.

disposition de l'art. — reçoit application correspondante [1].

Nach Massgabe des § : sous les conditions de l'art. —, conformément à l'art. —.

Gilt als : est réputé, est considéré, comme.

Im Zweifel : dans le doute.

Im Verkehr : dans les rapports d'affaires — dans les rapports d'usage.

Sofort : sur-le-champ, immédiatement.

Treu und Glauben : loyauté et confiance réciproque (bonne foi).

Willenserklärung einem Anderen gegenüber abgeben : émettre une déclaration de volonté envers un autre.

Ein Rechtsgeschäft einem Anderen gegenüber vornehmen : accomplir un acte juridique envers un autre.

Angemessene Frist : délai convenable.

Mit der Rechtskraft des Urtheils : quand le jugement a acquis force de chose jugée.

Gegen sich geltenlassen : accepter de subir les conséquences (ou l'effet) de...

Wenn mit dem Aufschcrbe... Gefahr verbunden ist : s'il y a péril en la demeure; — si la remise de.... doit entraîner des risques.

In der Geschäftsfähigkeit beschränkt : restreint dans sa capacité d'exercice des droits.

Unbeschränkt geschäftsfähig : pleinement capable d'exercice des droits.

Zur Last fallen : être imputable à... — être à la charge de...

Eheliches Gesamtgut : bien de communauté conjugale.

Eheliche Lebensgemeinschaft : communauté de vie conjugale.

Das für eheliche erklärte Kind : l'enfant déclaré légitime.

Gerichtliche oder notarielle Beurkundung : constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée.

[1] C'est-à-dire appropriée au cas réglé par la présente disposition, et en tenant compte des différences qui séparent l'hypothèse en cause de celle de la disposition typique qu'il s'agit d'y adapter.

ABRÉVIATIONS.

P[1] = le premier Projet publié par la première Commission.

P[2] = le second Projet publié par la seconde Commission sous sa première forme.

P[3] = le second Projet, sous sa forme revisée, tel qu'il fut soumis au Bundesrath.

P[4] = le Projet définitif, accepté par le Bundesrath et soumis au Reichstag.

L. intr.[1] = le premier Projet de la loi d'introduction.

L. intr.[2] = le second Projet de la loi d'introduction.

L. intr. = la loi d'introduction, dans son texte actuel.

C. civ. all. (*B. G. B.*) = le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

M. = les Motifs officiels du premier Projet (*Motive*).

Pr. = les Comptes rendus de la seconde Commission (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs*).

Denk. = le Mémoire présenté au Reichstag et accompagnant le Projet définitif (*Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.*).

Ber. = le Rapport de la Commission du Reichstag sur le projet de Code civil (*Bericht der Reichstag-Kommission*).

R. Ber. = le Compte rendu de la discussion en séance plénière au Reichstag (*Reichtags-Berathung*).

Ausf. Ges. = *Ausführungs Gesetz.* Loi d'exécution du Code civil allemand pour un État particulier.

C. civ. fr. = le Code civil français.

C. féd. obl. = Code fédéral suisse des obligations.

C. Pr. all. (*C. P. O.*) = le Code de procédure civile allemand sous sa forme revisée de 1898 (*Civilprozessordnung*).

C. Pr. fr. = Code de procédure français.

C. C^ce all. (*H. G. B.*) = le Code de commerce allemand sous sa forme revisée (*Handelsgesetzbuch*).

A. C. C^ce = l'ancien Code de commerce allemand.

W. Ord. = la Loi sur le change (*Wechselordnung*).

Entw. eines H. G. B. = Projet du nouveau Code de commerce (*Entwurf eines Handelsgesetzbuch*).

Konk. Ordn. = la Loi des faillites sous sa forme revisée (*Konkursordnung*).

Ger. Verf. Ges. = la Loi sur l'organisation judiciaire (*Gerichts Verfassung Gesetz*).

Ges. über Zw. V. = Loi sur la vente aux enchères forcées et l'administration forcée (*Gesetz über die*

Zwangsverwaltung vom 24 März 1897).

Freiw. Ger. Ges. = la Loi sur la juridiction gracieuse (*Freiwillige Gerichtsbarkeitgesetz*).

Gr. B. Ord. = *Grundbuchordnung*.

C. Pén. all. (*Str. G. B.*) = le Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*).

C. Pr. pén. = Code de procédure pénale allemand.

Accarias. = Accarias, *Précis de droit romain.*

Achilles = l'édition du Code civil allemand d'Achilles (*Achilles, B. G. B.*).

Ann. = l'*Annuaire étranger* de la Société de législation comparée.

Ann. Dr. com. = Annales de droit commercial.

Arch. f. bürg. R. = *Archiv für bürgerliches Rechts.*

Arc. civ. Pr. = *Archiv für civilistische Praxis.*

Bek. Fis. B. = *Bekker und Fischer Beiträge.*

Bind. = Binder, *Uebersicht über die Zeitschriften des Iahrgangs 1900* dans *Beiträge zur Auslegung des B. G. B.* de Bernhöft et Binder (1902).

Brinz. = Brinz, *Pandekten.*

Bull. = le Bulletin de la Société de législation comparée.

Buns. = Bunsen, *Die Rechtzsprechung zum B. G. B. im 1900* (même collection).

Cos. = Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.*

Crome = Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts.*

Dern. = Dernburg, *Pandekten.*

Eck = Eck, *Vorträge über das Recht des B. G. B.* (les fascicules autres que le premier ont été publiés par Leonhard).

End. = Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (*Einführung in das Studium des B. G. B*).

Ennec. = Enneccerus und Lehmann, *Das bürgerliche Recht.*

Gierke Ent. = Gierke, *Entwurf.*

Gierke D. P. R. = Gierke, *Deutsches Privat Recht.*

Girard. = Girard, *Manuel de droit romain.*

R. Grass. = Raoul de la Grasserie, Traduction du Code civil allemand.

Grub. = Gruber, Traduction du Code civil allemand.

Hach. = Hachenburg, *Das B. G. B. für das deutsche Reich* (*Vorträge*).

Höld. = Hölder, *Kommentar zum Allgemeinen Theil des B. G. B.*

Höld. Pand. = Hölder, *Pandekten.*

Iher. Iahr. = *Iherings Iahrbücher* (revue fondée par Ihering).

Kuhl. = Kuhlenbeck, *Von den Pandekten zum B. G. B.*

Leonh. = Leonhard, *Der Allgemein Theil des B. G. B.*

Maas = Maas, *Bibliographie des bürgerlichen Rechts* (un fascicule chaque année).

Meul. = MEULENAERE, Traduction du Code civil allemand.

Pl. = PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Commentaire sur le Code civil allemand, publié sous la direction de Planck).

R. crit. = Revue critique.

R. Dr. Pu. = la *Revue du droit public.*

R. tri. = *Revue trimestrielle de droit civil.*

Reg. = REGELSBERGER, *Pandekten.*

Sal. = SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier Projet de Code civil de l'Empire allemand* (2e édit. 1901).

Sal. Déc. = SALEILLES, *De la déclaration de volonté* (Paris, 1901).

Scholl. = SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhältnisse.*

Stam. = STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse.*

Stroh. = STROHAL, *Das Erbrecht.*

Wind. Kipp. = WINDSCHEID, *Pandekten*, édition publiée par Kipp.

Zit. R. G. = ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf*, dans les *Bekker und Fischer Beiträge.*

Zit. all. T. = ZITELMANN, *Das Recht des B. G. B., allgemeines Teil.*

CODE CIVIL ALLEMAND.

LIVRE PREMIER.

PARTIE GÉNÉRALE.

SECTION PREMIÈRE.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

DES PERSONNES NATURELLES.

Art. 1. La capacité de jouissance des droits commence pour l'homme dès que la naissance est accomplie.

Art. 1er. § 1. L'article 1er fait allusion à ce que nous appelons plus particulièrement la jouissance des droits, sans se référer à la capacité relative à l'exercice des droits. Il fallait donc faire choix d'une expression technique destinée à traduire la *Rechtsfähigkeit* du droit allemand, par opposition à la *Geschäftsfähigkeit*, qui se réfère à la capacité relative aux actes juridiques, c'est-à-dire à l'exercice des droits. L'expression littérale eût été d'appeler, l'une *la capacité d'être un sujet de droits* et l'autre *la capacité de faire des actes juridiques*, ou *capacité de droits* et *capacité d'actes juridiques*, toutes expressions qui auraient été mal comprises du public français, bien que ces deux dernières dussent mériter de recevoir droit de cité dans notre terminologie juridique. Peut-être aurait-on pu admettre pour la *Rechtsfähigkeit* le terme de *personnalité juridique*, qui est l'expression technique française qui rende exactement le sens juridique que l'on avait en vue, et pour la *Geschäftsfähigkeit* le terme de *capacité juridique*, qui correspond en effet dans la terminologie française à la capacité relative à l'exercice des droits. Mais l'expression de *personnalité juridique* n'aurait fourni aucun équivalent pour l'adjectif *Rechtsfähig*, qui correspond à la *Rechtsfähigkeit*. Aussi a-t-il paru plus précis et plus exact, bien que la formule soit un peu longue, de traduire l'expression technique allemande par l'expression, également technique en droit français, de *capacité de jouissance des droits*. La langue juridique allemande a, en outre, une autre

Art. 2. La majorité est acquise avec la vingt et unième année accomplie.

---

expression intermédiaire plus large encore que celle de *Geschäftsfähigkeit*, ce que l'on appelle la *Handlungsfähigkeit*, ce qui est la capacité de faire produire des effets de droit, non seulement aux actes volontaires accomplis en vue d'un effet de droit, c'est-à-dire aux actes juridiques que l'on réalise, mais aux faits purs et simples, dans la mesure où ils sont susceptibles de conséquences juridiques. Ce sont les faits juridiques au sens large du mot, ceux, par exemple, qui peuvent constituer un délit civil. Cette expression comprendrait donc à la fois, dans cette dernière application, la capacité juridique et la responsabilité civile réunies. Comme elle n'a pas trouvé place dans les dispositions du Code civil allemand, il n'y avait pas à lui chercher d'équivalent dans la technique juridique française. (Cf. note sur art. 104.)

§ II. Le principe proclamé par l'article 1er, en conformité avec celui de l'égalité civile, ne comporte aucune exception, si ce n'est peut-être certaines atténuations visées par l'article 87 L. Intr. Cette reconnaissance de la personnalité juridique, et par suite de la capacité de jouissance, a en vue non seulement les droits proprement dits, mais également tout cet ensemble de droits individuels, tels que le droit à la vie, à la liberté, au nom, à l'honneur, que l'on considère quelquefois comme des biens, ou des facultés, protégés par le droit, plutôt que comme des droits proprement dits. Ce n'est pas qu'on ait voulu prendre parti sur cette question théorique; dans différentes hypothèses où elle était susceptible de se poser, comme dans l'article 823, par exemple, on a choisi à dessein des expressions qui fussent de nature à laisser entière la question de principe. Mais, cette conception à part, il n'y a aucun doute sur l'interprétation de l'article 1er en ce qui concerne son application aux droits dont il s'agit.

interests

§ III. La seule condition indiquée par l'article 1er est que la naissance soit achevée, donc que l'individu naisse vivant, sans exiger qu'il soit né viable. Mais, d'autre part, la reconnaissance de la capacité ne résulte que de la naissance, sans que l'on ait admis, en tant que principe général, la règle *Infans conceptus pro jam nato habetur*, si ce n'est dans quelques applications particulières en matière de succession (art. 1923, 2043, 2178, cf. art. 844). Cette capacité d'avoir des droits cesse naturellement avec la vie, sans qu'il y ait eu besoin de le dire expressément.

Art. 2. Contrairement au système du droit français d'une période unique

Art. 3. Un mineur qui a accompli sa dix-huitième année peut, par résolution du tribunal des tutelles, être déclaré majeur (1).

Par suite de la déclaration de majorité, le mineur acquiert la situation juridique d'un majeur (2).

Art. 4. La déclaration de majorité n'est admissible que si le mineur accorde son autorisation.

---

d'incapacité, le Code civil admet, en cette matière, une division tripartite, ou plutôt une division de la minorité elle-même en deux périodes, dont on trouvera la réglementation à l'article 104, en ce qui concerne la capacité relative aux actes juridiques. L'article 2 se contente de fixer l'âge de la majorité, sans entrer dans le détail des différentes périodes entre lesquelles se répartit la minorité.

Art. 3. (1) Le mot *résolution*, qui équivaut à l'expression *Beschluss* du texte, a été adopté, avec une valeur technique, pour désigner les décisions prises au dehors de toute affaire contentieuse, alors que le mot *décision* (*Entscheidung*) est réservé pour cette dernière hypothèse.

(2) La déclaration de majorité ne produit pas seulement une extension de capacité, comme l'émancipation en droit français, mais donne la pleine capacité; de telle sorte que, juridiquement, il est entendu que l'expression de *majeurs* comprendra également les mineurs déclarés majeurs, sauf, lorsque l'expression se rencontre dans les actes privés, le droit de rechercher, par voie d'interprétation de volonté, le sens exact qu'on ait voulu lui donner. D'autre part, cette déclaration de majorité ne peut émaner que du tribunal et n'a jamais lieu de plein droit, même au cas de mariage. Elle est, d'ailleurs, laissée à la pleine et libre appréciation du tribunal des tutelles, qui devra se laisser guider par les motifs indiqués à l'article 5. C'est ce qui résulte de l'expression technique du texte de l'article 3, disant que cette déclaration *peut* être prononcée par le tribunal des tutelles.

Art. 4. § I. Il convient de remarquer que, si le mineur est en tutelle, pour la déclaration de majorité, on n'exige pas l'autorisation du tuteur. Il reste à celui-ci la ressource de faire opposition devant le tribunal des tutelles, en se fondant sur les raisons visées par l'article 5. Si, au contraire, le mineur est soumis à la puissance paternelle, celui à qui cette dernière appartient, que ce soit le père ou la mère, est toujours appelé à consentir, sauf deux exceptions. La

Si le mineur est soumis à la puissance parentale, est également exigée l'autorisation du détenteur de cette puissance, à moins qu'à celui-ci n'appartienne ni le soin de la personne, ni le soin du patrimoine de l'enfant. L'autorisation, s'il s'agit d'une veuve mineure, n'est pas exigée du détenteur de la puissance.

---

première se présente lorsqu'il s'agit d'une fille qui se soit mariée et devenue veuve avant sa majorité : on tient compte de la période d'indépendance dont elle a joui. La seconde exception existe lorsque celui à qui la puissance appartenait n'est plus chargé du soin de la personne ou de la fortune du mineur. Il faut remarquer, d'autre part, que, dans tous ces cas, l'autorisation requise par le texte est une autorisation préalable, au sens de l'article 183.

§ II. Toutefois, certaines difficultés, prévues et indiquées par Planck (p. 55-56), pourront se présenter au sujet de l'application du texte. Il n'y en aura aucune lorsqu'il s'agira de suspension complète de la puissance paternelle, comme au cas de l'article 1685. Mais, s'il n'y a que suspension partielle, comme dans l'hypothèse de l'article 1910, lorsque le père a reçu un curateur, la question est plus douteuse. D'une part, le père et son curateur sont chargés tous deux conjointement de la personne de l'enfant, de sorte que cette suspension de la puissance paternelle n'a pas entièrement enlevé au père le soin de la personne; mais, d'autre part, le père n'a plus le dernier mot, puisque au cas de dissentiment le curateur décide. Aussi y a-t-il lieu de croire que, d'après l'esprit de la loi, on rentre dans l'exception, et non dans la règle, de l'article 4. On peut supposer aussi que la mère soit investie de la puissance, non plus en vertu d'une véritable suspension, mais à raison d'une impossibilité de fait de la part du père et, bien que cette hypothèse soit assimilée à celle de la suspension (art. 1685), la question, en ce qui concerne l'application de l'article 4, reste assez délicate. On a pu se demander, en effet, s'il y a là véritablement au profit de la mère une attribution de droit, qui l'investisse d'un véritable droit de puissance paternelle, ou une attribution de fait, qui, théoriquement, laisse subsister les droits du père. La première conception paraît bien l'emporter, de telle sorte que, en ce qui concerne la déclaration de majorité, le consentement de la mère se trouverait exigé. Enfin, à l'inverse, on considère que le père garde son droit d'autorisation dans le cas où, sans avoir en fait le soin de la personne de l'enfant, il conserve le droit de le représenter comme au cas de l'article 1633 : c'est bien là encore un des éléments du droit général relatif à la personne (Pl., p. 56).

Art. 5. La déclaration de majorité ne doit avoir lieu que si elle a en vue l'intérêt du mineur.

Art. 6. Peut être interdit :

1° Celui qui, par suite de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, n'est pas en état de prendre soin de ses affaires;

Art. 5. § I. Il s'agit là d'une simple indication donnée aux magistrats; on peut cependant en tirer cette conséquence juridique que tous ceux auxquels il pourrait sembler que l'anticipation de majorité fût de nature à nuire au mineur doivent être autorisés à soumettre leurs observations au tribunal des tutelles comme on l'a vu pour le tuteur (note sur art. 4).

§ II. Il va de soi, d'après ce qui vient d'être dit, que cette obligation ainsi faite au tribunal des tutelles n'entraîne pas nullité de la déclaration de majorité qui aurait été prononcée sans qu'on eût tenu compte de la prescription portée à l'article 5. Aussi la formule employée pour énoncer cette prescription a-t-elle la valeur technique de celle employée à l'article 56 et qui sera expliquée sous ce texte. On verra (art. 56 en note) que l'expression *doit*, sans autre qualificatif, a été admise pour traduire le *sollen* du texte allemand, alors que le mot *doit nécessairement* a été réservé pour le verbe *müssen*, afin de bien marquer la différence de valeur technique des deux expressions. L'une est l'expression d'un ordre pour lequel on ne dit pas forcément que la sanction soit la nullité. L'autre est l'expression d'une nécessité légale exigée à peine de nullité.

Art. 6. § I. L'article 6 ne s'occupe ni de la procédure d'interdiction, laquelle est réglementée par le Code de procédure, ni des effets de l'interdiction, dont il est traité à propos de la capacité (art. 104) et qui sont différents suivant les causes d'interdiction.

§ II. La première catégorie de personnes susceptibles d'être interdites comprend les individus qui sont incapables intellectuellement. Et l'on rapproche ainsi dans la même disposition ceux qui sont atteints de maladie mentale et les faibles d'esprit; le criterium de distinction entre ces deux catégories est tout à fait indifférent en tant qu'il s'agit des causes d'interdiction; il n'a d'importance qu'au point de vue des effets de l'interdiction (art. 104 et art. 114). La seule observation qu'il y ait à faire, et qui est commune aux deux catégories, est que, si l'on exige, pour pouvoir prononcer l'interdiction, un état patho-

2° Celui qui, par suite de prodigalité, s'expose, lui ou sa famille, au danger de tomber dans l'indigence;

3° Celui qui, par suite d'état d'ivresse habituel, n'est pas en état de prendre soin de ses affaires, ou qui s'expose, lui ou sa famille, au danger de tomber dans l'indigence, ou qui compromet la sûreté d'autrui.

Il y a lieu de lever l'interdiction, lorsque la cause de l'interdiction a disparu.

Art. 7. Quiconque s'établit à demeure dans un lieu y fonde son domicile.

---

logique, la loi laisse au juge, aidé du médecin légiste, pleine liberté d'appréciation en ce qui concerne les effets psychologiques que cet état mental doit produire pour que l'interdiction soit admissible. Cela revient à dire que, pour ce qui est de l'incapacité de droit résultant de l'interdiction, la loi n'impose au juge aucun criterium psychologique. Il n'en est pas de même de l'incapacité de fait (art. 104), ni de la responsabilité délictuelle (art. 827). On se contente, en matière d'interdiction, d'un degré purement quantitatif: il faut que l'individu ne soit pas en état de s'occuper de ses affaires.

§ III. Il a paru indispensable de faire de l'ivresse une cause d'interdiction (*Pr.* I, 32-34), tant dans l'intérêt de l'alcoolique que dans celui de sa famille et de la société. Toutefois on n'a pas voulu restreindre cette cause d'interdiction à l'alcoolisme proprement dit, pris au sens pathologique et un peu étroit du mot; on préféra, au lieu de recourir à cette expression un peu technique, parler d'habitudes d'ivresse en général. Mais il fut entendu, et on crut le marquer suffisamment par le terme de *Trunksucht* qui fut admis, qu'elles devraient constituer un état pathologique de nature à les rendre à peu près irrésistibles. Lorsque ces conditions se trouvent exister, il n'y a pas à distinguer si ces habitudes sont permanentes ou intermittentes, comme lorsqu'il s'agit par exemple des buveurs de jours de paye, ou des buveurs de trimestre. Cette dernière application du texte aurait, au contraire, pu paraître un peu douteuse si l'on eût accepté le terme technique d'«alcoolisme».

Art. 7. § I. La détermination du domicile, qui d'ailleurs n'a plus qu'un intérêt pratique assez restreint (art. 269 et 270; cf. art. 7 et 31, L. intr. et art. 13, C. Pr. all.), implique, en dehors d'un état de fait matériel, l'intention de

Le domicile peut exister en même temps dans plusieurs lieux.

Le domicile est supprimé lorsque l'établissement est supprimé avec intention de l'abandonner.

Art. 8. Celui qui est incapable d'exercice des droits ou dont la

---

perpétuité ou de stabilité. Cet élément ressort suffisamment, dans l'article 7, du fait de s'établir à demeure, exigé par le texte. Mais stabilité ne veut pas dire exclusivité. Aussi, surtout si l'on s'en tient à l'intention, peut-on avoir plusieurs domiciles. Mais il ne serait pas suffisant pour cela d'avoir, en dehors de la résidence principale, un établissement spécial relatif à un centre d'affaires déterminé. Il faut que, par rapport à l'ensemble général de sa vie, l'individu ait deux établissements entre lesquels il partage son activité (*M.*, I; 70-71, *Pr.* 38). De même, le Code admet qu'on puisse n'avoir pas de domicile. Il en est ainsi lorsque l'ancien domicile prend fin sans avoir été remplacé par un autre.

§ II. Cela dépendra surtout de l'élément subjectif et du rôle qui lui est attribué en matière de cessation de domicile. En effet, tant que le fait matériel subsiste, la volonté, à elle seule, de changer de domicile reste inopérante. Mais, d'autre part, si l'établissement matériel a cessé, sans qu'un autre lui ait été substitué, le domicile peut être conservé par la seule intention, l'intention de retour. Pour qu'il y eût perte de tout domicile, il faudrait donc que cette dernière eût disparu, ce qui ne se présumera pas facilement. C'est ainsi que, même pour les individus résidant dans un établissement pénitentiaire ou dans un asile analogue, l'intention d'abandon de domicile ne se présumera pas de plein droit, même s'ils n'ont laissé à leur ancien domicile aucun centre matériel de résidence. Il y aura lieu de s'en remettre sur tous ces points à l'application des principes généraux (cf. *Scher. Zw. J.*, p. 104).

Art. 8. L'établissement du domicile n'est pas un acte juridique, mais un pur fait juridique, auquel les règles sur la capacité ne s'appliqueraient pas forcément : de là l'article 8, qui, d'ailleurs, ne se réfère qu'à l'élément intentionnel, et suppose l'élément de fait existant dans les conditions de l'article 7. Pour les individus placés dans un établissement d'aliénés, il y aura donc lieu, ici encore, de s'en référer aux principes généraux; et la question dépendra du point de savoir si on a entendu les y faire entrer à titre provisoire, dans l'espoir d'une guérison prompte, ou à titre définitif, parce que l'état d'aliénation était considéré comme incurable (cf. *Scher. Erst. J.*, p. 53-54).

capacité d'exercice est restreinte ne peut, sans la volonté de son représentant légal, ni fonder un domicile ni le supprimer.

Art. 9. Un individu appartenant à l'état militaire a son domicile au lieu de sa garnison. Celui dont le corps de troupes n'a pas de lieu de garnison à l'intérieur est réputé avoir pour domicile le lieu où le corps a eu sa dernière garnison à l'intérieur.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux individus appartenant à l'état militaire qui ne sont au corps que pour l'accomplissement de leur temps de service ni à ceux qui ne peuvent à titre indépendant fonder un domicile.

Art. 9. § I. Pour la détermination du domicile légal, on s'est inspiré des articles 14 et suivants du C. Pr. all. Il faut remarquer d'ailleurs qu'il n'y a pas de domicile légal pour les fonctionnaires en général, ni pour les gens de service. Quant aux nationaux fixés à l'étranger, mais jouissant du principe d'exterritorialité, ils conservent leur ancien domicile très certainement en ce qui touche la juridiction et la compétence (art. 16 C. Pr. all.). Mais, pour ce qui est des autres effets du domicile, on a entendu s'en remettre aux principes généraux du droit international (*Denk.*, 314, et *Pr.*, 40-41).

§ II. L'article 9 ne parle donc que des militaires, et encore uniquement des militaires faisant partie de l'armée, et considérés comme étant militaires par état, ce qui n'implique pas forcément, comme on va le voir, qu'ils soient militaires de profession. Le sens du mot est déterminé par les lois militaires de 1872 et de 1874. Mais il faut entendre par là, non seulement les soldats proprement dits, y compris officiers et sous-officiers, mais tous les fonctionnaires militaires faisant comme tels partie de l'armée. Toutefois, même pour ces individus appartenant à l'état militaire, la loi ne fixe un domicile légal que pour ceux qui sont capables, d'après les principes du droit commun, de se donner un domicile par eux-mêmes. Pour les autres, conformément à l'article 8, il faudrait, pour le changement de domicile, le consentement du représentant légal. Et enfin, ce qui est beaucoup plus remarquable encore, on en excepte les soldats et, d'une façon générale, les militaires qui ne sont au corps que pour l'accomplissement de leur temps de service. Bien qu'ils fassent partie de l'état militaire, ils n'en font partie que transitoirement et non par profession.

Art. 10. La femme mariée partage le domicile du mari. Elle ne partage pas ce domicile lorsque le mari établit son domicile à

Art. 10. § I. Le domicile légal de la femme mariée commence avec le mariage et cesse avec lui, puisque la loi n'établit de domicile légal que pour la femme qui est actuellement une femme mariée. Il dépendra donc de l'exercice des actions en nullité (art. 1329 et 1343), et également des causes de dissolution, auxquelles il faudra ajouter la séparation de corps, puisque la Commission du Reichstag (*Ber.*, 119 et suiv.) lui a donné place dans le Code civil, sous le nom de «cessation de la vie commune» (art. 1575 et 1576); et d'autre part on lui attribue, en principe, et sauf exceptions, tous les effets juridiques du divorce (art. 1586, cf. *Denk.*, 315). Toutefois, il n'est pas dit, une fois le mariage dissous (cf. art. 11), que la femme conserve son domicile légal jusqu'à ce qu'elle en ait acquis un autre. Il n'en sera donc ainsi que si ce domicile légal avait pour elle, — ce qui sera, il est vrai, le cas le plus ordinaire, — les caractères d'un domicile de fait, aux conditions de l'article 7. Mais il peut se faire que, dès avant la dissolution, la femme ait un établissement séparé de celui du mari (cf. art. 1353 et 1354); l'ancien domicile légal n'était pas pour elle un domicile de fait. Elle aura son domicile, une fois le mariage dissous, au lieu où elle avait son établissement séparé, si celui-ci remplissait les conditions de l'article 7 : sinon, elle n'aurait provisoirement aucun domicile (Pl., § 10-3).

§ II. Exception est faite à la règle du domicile légal, lorsque le mari s'établit à l'étranger et qu'en outre la femme cesse d'être obligée de le suivre, par exemple au cas des articles 1353 et 1354. Ceci ne veut pas dire que, dans tous les cas d'application de l'article 1353 al. 2, cette exception doive être admise; car il y faut la première condition, qui est que le mari réside à l'étranger. Si cependant, bien qu'elle n'y fût pas obligée, la femme avait suivi le mari, l'une des deux conditions prévues par l'article 10 faisant défaut, la règle du domicile légal reprend son empire. On peut seulement se demander, pour le cas où la femme, après avoir suivi le mari, l'abandonnerait, pour revenir en Allemagne, parce que, par hypothèse, elle n'est pas obligée à la cohabitation (art. 1353 al. 2), si cet abandon lui fait perdre le domicile légal qu'elle s'était donné par le fait seul qu'elle avait suivi le mari à l'étranger. Planck (§ 10-5) est de cet avis. Cela revient à considérer le domicile légal, imposé à la femme par le fait de sa cohabitation volontaire, comme un domicile de fait qui cesse par l'abandon. Aussi cette opinion est-elle controversée (cf. Höld., sur § 10-2 *b*).

l'étranger, dans un lieu où la femme ne l'a pas suivi et n'est pas obligée de le suivre.

Aussi longtemps que le mari n'a pas de domicile ou que la femme ne partage pas celui du mari, celle-ci peut avoir un domicile à titre indépendant.

Art. 11. Un enfant légitime partage le domicile de son père, un enfant né hors mariage le domicile de sa mère, un enfant pris en adoption le domicile de l'adoptant. L'enfant garde ce domicile jusqu'à ce qu'il le supprime sous les conditions admises par la loi.

La légitimation ou l'adoption qui n'interviennent qu'après l'arrivée de la majorité n'ont pas d'influence sur le domicile de l'enfant.

Art. 11. § I. Le domicile légal de l'enfant est fixé sans distinction entre les mineurs et les majeurs; ce qui veut dire, s'il s'agit de majeurs, que, s'ils n'ont pas acquis un domicile personnel aux conditions du droit commun, ils conservent leur domicile légal chez leur père. Et il en est ainsi pour les mineurs, au cas où le père non seulement viendrait à mourir, mais perdrait la puissance paternelle. Ce domicile légal n'est pas fixé par rapport à la puissance paternelle, ni par rapport à la tutelle. Il ne s'identifie pas forcément avec celui de la mère, dans le cas où l'exercice de la puissance paternelle lui reviendrait, fût-ce même par la mort du père; et, au cas de tutelle, il ne s'identifie pas davantage avec le domicile du tuteur. Reste, dans tous ces cas, la possibilité d'un transport de domicile aux conditions de l'article 8. Toute cette réglementation, principalement en ce qui concerne le maintien du domaine légal après disparition des conditions qui le justifiaient, constitue une différence importante entre le domicile légal de l'article 11 et celui de l'article 10.

§ II. Pour ce qui est des enfants légitimes, il y a lieu de se reporter à l'article 1591, en y joignant l'application des articles 1699, 1719 et 1736 (*M.*, I, 76). La règle, en ce qui concerne l'enfant adoptif, s'applique même si l'adoption a été faite par une femme. Si elle l'est par deux époux en commun, on appliquera l'article 1757 al. 2. Seulement, on ne pouvait plus cette fois, et de même pour le cas de légitimation, admettre la règle de l'alinéa 1er, qui applique le domicile légal dont il est question même aux majeurs : de là la disposition de l'alinéa 2.

Art. 12. Si le droit à l'usage d'un nom est contesté à l'ayant droit par une autre personne, ou que l'ayant droit soit lésé dans

---

Art. 12. § I. Le Code civil est parti de cette idée que le droit au nom individuel ne constituait ni un droit de propriété proprement dit, ni une sorte de droit de famille *sui generis*, mais bien un droit absolu de l'individu, parce que le nom est lui-même un élément de la personnalité envisagée au point de vue social; c'est donc un droit de la personnalité, au même titre que le droit à l'honneur. Aussi y a-t-il lieu de parler de nom individuel, plutôt que de nom patronymique, au sens un peu étroit du mot. Ceci admis, le Code civil avait donc, une fois le nom supposé régulièrement acquis, à le protéger juridiquement, protection qui s'appliquerait à tous les éléments du nom individuel, même à la particule *von*, en tant qu'elle fait partie du nom, et nullement comme signe de noblesse (Pl., § 12-3), même enfin pour les prénoms. Mais pour ce qui est des pseudonymes, si, par exemple en matière d'art ou de littérature, on signait d'un pseudonyme qu'on se fût attribué, la question paraît bien avoir été tranchée négativement (*Pr.*, 45. Voir cependant en sens contraire End., § 41, p. 185, et Oper, dans *Arc. civ. Pra.*, t. 87, p. 327-328). D'autre part, cette protection s'étendra, ce point n'est pas douteux, aux noms distinctifs des personnes morales.

§ II. Cette protection se traduira par deux actions très distinctes. La première est une sorte d'action négatoire pour le cas de trouble apporté à l'exercice du droit, contestation directe du droit au nom ou omission du nom dans des conditions de nature à constituer une négation du droit. Cette action aura pour objet de faire cesser les actes d'où dérive la négation du droit de l'intéressé; s'agissant d'ailleurs de l'exercice et de la sanction d'un droit absolu, il n'y aura pas à s'occuper de savoir s'il y a faute ou non de la part du défendeur, ou si le demandeur a été lésé ou non dans ses intérêts. Et par là cette action se distingue très nettement de celle qui dériverait du délit civil et de la responsabilité délictuelle. D'autre part, s'il y a à craindre que les faits se reproduisent, le demandeur pourra les faire interdire, c'est-à-dire exiger des garanties pour l'avenir (art. 775, C. pr. all. et art. 232, C. civ. all.).

§ III. La seconde action n'est plus seulement un moyen de défense, mais d'attaque, pour le cas d'usurpation ou d'usage illégal du nom; ce qui vise même le cas où le nom serait attribué à des personnages littéraires dans des conditions de nature à nuire à l'ayant droit. Ce procédé d'attaque eût été incompatible avec la conception d'un droit de propriété; même sur le terrain

son intérêt par ce fait qu'un autre se sert indûment du même nom, l'ayant droit peut exiger de l'autre la cessation du fait préjudiciable. Si des faits analogues sont à craindre pour l'avenir, il peut intenter une poursuite en abstention.

Art. 13. Celui qui est disparu peut, sous les conditions des

---

de la responsabilité délictuelle, il eût été de nature à soulever bien des difficultés, puisqu'il eût fallu prouver l'atteinte au droit d'autrui, là où il peut y avoir purement et simplement usage de la liberté. Aussi fallait-il faire du droit au nom un droit absolu de la personnalité, protégé contre tout acte de violation extérieure, sous quelque forme qu'elle se présentât. Seulement, ne s'agissant plus cette fois, au cas d'usurpation, d'un trouble direct, il fallait définir à quelles conditions l'usage du nom d'autrui constituerait une atteinte au droit de celui à qui le nom appartient : la condition exigée sera qu'il y ait préjudice causé à l'ayant droit et que son intérêt soit en cause. Mais ce pourrait être un simple intérêt moral. Cette condition est la seule; et, s'agissant là encore de la protection d'un droit absolu, on n'exige pas la faute proprement dite de la part de l'usurpateur. Sur ce point enfin, comme dans la première hypothèse, il peut y avoir lieu d'exiger des garanties contre le renouvellement de l'usurpation ou des actes préjudiciables (sur tous ces points, voir *R. crit.*, 1900, p. 96 et suiv. et 1902, p. 572 et suiv.).

Art. 13. La question de procédure est traitée aux articles 946 et suivants, C. pr. all. Il s'agit de la procédure désignée sous le nom de «Procédure provocatoire» dans la traduction française de l'ancien Code de procédure allemand (art. 824 suiv.). Cette déclaration de décès pourra s'appliquer, d'ailleurs, même à d'autres que les nationaux allemands, conformément à l'article 9, L. Intr. La condition première pour que cette déclaration puisse intervenir est qu'il y ait eu disparition. Et la disparition n'est pas un état de droit à proprement parler (cf. art. 6, P[1]), mais un simple état de fait correspondant à l'absence, entendue d'un état d'incertitude sur l'existence de l'individu dont il s'agit. Il suffira donc, pour qu'il y ait disparition, qu'au domicile de l'individu on soit sans nouvelles de lui et qu'on ne puisse savoir s'il est mort ou vivant (cf. *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, ann. 1900, 113 et suiv.). On ne peut donc pas prendre le terme technique de «disparu» comme correspondant à un acte qui s'accomplit, tel que le fait de disparaître, mais à un état qui s'est établi : c'est l'état de disparu. L'individu n'a pas disparu, il est disparu.

articles 14 à 17, être déclaré décédé au moyen de la procédure de sommation publique.

Art. 14. La déclaration de décès est admissible, lorsque, depuis dix ans, il n'est parvenu aucune nouvelle de l'existence de la

---

Art. 14. § I. Dans le système de l'article 14, l'état d'incertitude de fait ne produit encore aucun effet juridique; il ne sert qu'à fixer le délai à l'échéance duquel pourra intervenir la déclaration de décès. Ce délai partira, non pas des dernières nouvelles constatant l'existence de l'individu actuellement disparu, mais de l'expiration de la dernière année pour laquelle cette constatation d'existence aura eu lieu. Donc ce qui est à prendre en considération, ce n'est pas la date de réception des nouvelles, mais le moment auquel les dernières nouvelles reçues faisaient remonter l'existence du disparu. En réalité, le délai commence à l'expiration de l'année où pour la dernière fois il y a eu certitude que l'individu actuellement disparu vivait encore. Cela ne veut pas dire, au point de vue légal, qu'il y ait disparition dès que l'on est sans nouvelles d'un absent. L'état de disparition implique que la prolongation de ce défaut de nouvelles produise l'incertitude; c'est alors que l'absent devient un disparu. Mais, quand il s'agira de calculer le délai de l'article 14, il faudra remonter en arrière pour calculer le moment auquel les dernières nouvelles que l'on avait reçues de l'absent puissent permettre de faire remonter son existence; et l'on prendra pour point de départ du délai l'expiration de l'année dans laquelle ce moment se trouvait compris.

§ II. Il est fait exception au procédé de calcul qui vient d'être indiqué si, au moment qui devait servir de point de départ du délai d'après l'article 14, le disparu avait moins de vingt ans. Normalement, la déclaration de décès aurait dû avoir lieu avant qu'il eût achevé sa trentième année à le supposer vivant encore. Pour cette hypothèse, on en recule la date à l'expiration de l'année où il aurait dû achever sa trente et unième année. A l'inverse, on abrège le délai pour ceux qui, avant l'expiration du délai normal de dix ans, auraient dû avoir soixante-dix ans accomplis. Il suffit alors de cinq ans depuis l'expiration de l'année dans laquelle aura commencé l'incertitude, c'est-à-dire l'année de la disparition au sens qui a été indiqué. Dans ce cas, le délai variera entre cinq et dix ans. Il dépassera cinq, tout en restant au-dessous de dix, lorsque l'achèvement de la soixante-dixième année aura lieu alors qu'il y a déjà plus de cinq, mais moins de dix ans, depuis la disparition (Pl., § 14-2,3.).

personne disparue. Il n'est pas permis de la faire intervenir avant l'expiration de l'année dans laquelle le disparu aurait dû accomplir sa trente et unième année.

Un disparu qui se trouverait avoir dû accomplir sa soixante-dixième année peut être déclaré décédé, lorsque, depuis cinq années, il n'est parvenu aucune nouvelle de son existence.

La période de dix ou cinq ans commence à l'expiration de la dernière année dans laquelle le disparu vivait encore d'après les nouvelles présentes.

Art. 15. Celui qui a pris part à une guerre comme faisant partie d'une force armée, et qui, pendant la guerre, aura été manquant et, depuis ce moment, sera disparu, peut être déclaré décédé, lorsque, depuis la conclusion de la paix, trois années se sont

---

Art. 15. L'article 15 consacre pour les militaires au cas de guerre une abréviation de délai résultant d'une présomption imposée par les circonstances. Aussi faut-il se montrer assez large dans l'interprétation du texte. On a choisi à dessein l'expression très élargie de «force armée», pour laquelle il y aura lieu de se reporter aux lois sur le recrutement et le service militaire. Tout porte à croire cependant que le texte ne pourrait pas être étendu aux bandes irrégulières qui se seraient formées en temps de guerre; d'autant que l'on a tenu grand compte de ce fait que, dans l'armée régulière, il y avait un contrôle organisé en vue de constater les disparitions. Et, de même, au lieu de parler de militaire au sens technique du mot, on parle, au sens beaucoup plus large, de celui qui fait partie d'une force armée. La même abréviation de délai s'appliquera à tout disparu dont l'absence a lieu même à l'étranger, dans les conditions de l'article 15, donc pourvu qu'il fasse partie d'une armée régulière. Une autre condition d'application du texte est que, pendant la guerre, l'individu ait été constaté comme manquant; ce qui d'ailleurs ne suffit pas à constituer la disparition. Il peut se faire, en effet, qu'ultérieurement on ait des nouvelles du disparu. Il faudra donc que, depuis le moment où l'individu aura été désigné comme manquant, jusqu'au moment où commence le délai, c'est-à-dire au traité de paix, il n'y ait pas eu certitude de son existence.

écoulées. S'il n'y a pas eu conclusion de la paix, la période de trois ans commence à courir à l'expiration de l'année dans laquelle la guerre a pris fin.

Est également réputé faire partie d'une force armée celui qui se trouve attaché à une force armée pour y remplir une fonction ou un service, ou qui s'y trouve à titre d'auxiliaire volontaire.

Art. 16. Celui qui, au cours d'une traversée maritime, s'est trouvé sur une embarcation qui ait péri pendant le trajet, et à condition que lui-même soit disparu depuis la perte de l'embarcation, peut être déclaré décédé, lorsqu'il s'est écoulé une année depuis la perte survenue.

La perte de l'embarcation est présumée, lorsqu'elle n'est point parvenue au lieu de sa destination, ou qu'étant partie sans but de voyage déterminé elle n'est pas de retour, et qu'il s'est écoulé depuis le début du voyage :

Pour les traversées dans l'intérieur de la mer Baltique, une année;

Pour les traversées dans l'intérieur des autres mers d'Europe, y compris toutes les parties dans leur ensemble de la mer Méditerranée, de la mer Noire et de la mer d'Azov, deux années;

Pour les traversées qui devaient avoir lieu au delà, dans les mers extra-européennes, trois années.

S'il est parvenu des nouvelles de l'embarcation, est exigée comme période à courir celle qui devrait nécessairement (1) s'écouler si l'embarcation était partie du point où, d'après les nouvelles, elle s'est trouvée en dernier lieu (2).

Art. 16. (1) Sur cette expression voir *infra* les articles 56 et 57.

(2) § I. Il y a à remarquer que cette nouvelle abréviation de délai ne s'appliquerait pas au cas de navigation sur les fleuves et rivières; ce cas

Art. 17. Celui qui, par suite de circonstances autres que celles décrites aux articles 15, 16, est tombé en danger de mort et,

---

rentrerait dans le domaine de l'article 17. Du moment qu'il s'agit de voyage en mer, on ne tient aucun compte de l'importance de l'embarcation. S'agirait-il d'une simple promenade en barque, le texte s'appliquerait. Dans l'hypothèse de l'article 16, le délai ne court plus à partir de l'expiration de l'année, mais du jour même du naufrage; c'est qu'il s'agit d'un événement précis, dont en général on peut connaître la date. Et pour le cas où il n'en serait plus ainsi, on admet une présomption d'accident fondée sur un nouveau délai, celui-ci devant être écoulé avant que l'autre commence.

§ II. Quant à ce délai de présomption, il variera suivant la traversée entreprise; et, pour la réglementation à admettre, on s'est inspiré, d'une part, d'une loi prussienne du 24 février 1851 et, d'autre part, du système du Code de commerce (art. 862 et 863, C. C^es all.), bien qu'on ne se soit pas astreint à reproduire exactement les mêmes délais. Le délai varie d'après les traversées; et le plus long vise les traversées dans les mers extra-européennes, ce qu'il faut entendre même d'une traversée commençant dans ces dernières pour s'achever en Europe ou inversement. De même, pour celles qui auraient lieu dans les mers européennes, il faudrait entendre par là aussi bien celles qui ne se feraient que dans l'intérieur d'une mer d'Europe, autre que la Baltique, que celles allant d'une mer à l'autre, pourvu que la traversée ne se fît pas hors d'Europe. Seulement, comme il s'agit d'une présomption, elle peut se trouver détruite par ce fait qu'on ait postérieurement des nouvelles du navire; et alors tout le temps antérieur ne compte plus. Et, s'il y a de nouveau disparition, le délai compte à partir du moment où l'on a eu la certitude que le navire avait paru dans un lieu déterminé. Mais, d'autre part, si ce lieu est dans un rayon différent de celui du point de départ initial, comme si, par exemple, le navire étant parti d'une mer extra-européenne, les nouvelles reçues le signalaient dans une mer d'Europe, la durée du délai variera conformément à la réglementation de l'article 16.

Art. 17. Ce nouveau cas de disparition a été ajouté par la seconde Commission, très vraisemblement d'après Planck (§ 17-1), sous l'impression du mouvement de réformes juridiques qui se manifesta à cet égard à la suite de l'incendie du Ringtheater à Vienne. Mais on n'a pas voulu en restreindre

depuis, est disparu, peut être déclaré décédé, lorsque, depuis l'événement qui a mis sa vie en danger, trois années se sont écoulées.

Art. 18. La déclaration de décès a pour effet de faire présumer que le disparu est décédé au moment fixé par le jugement de déclaration.

---

l'application à la preuve préalable d'un accident proprement dit. Il suffira que l'individu actuellement disparu se soit trouvé dans une situation périlleuse nettement constatée; par exemple, une ascension de montagne, une expédition au pôle Nord. Seulement, comme en principe, là également, le point de départ du délai se place à la date de l'événement qui a été cause du danger, lorsque la preuve de l'accident n'a pas été fournie, il y aurait eu lieu d'établir, comme pour l'article 14, un délai de présomption d'accident. La loi ne pouvait le faire, à cause des circonstances très variées et très distinctes auxquelles l'article 17 pouvait s'appliquer. Ce sera donc au juge à apprécier le moment à partir duquel la présomption d'accident s'impose, en tenant compte du jour où l'individu aurait dû être normalement de retour, ou encore de celui où l'on aurait dû avoir de ses nouvelles (cf. art. 20 et la note).

Art. 18. § I. Les effets de la déclaration de décès se réfèrent à trois ordres de questions. La première est relative à l'administration des biens de l'absent; et il y est pourvu par une curatelle provisoire (art. 1911, art. 1921 al. 3). La seconde a trait à la fixation d'une présomption de décès, et celle-ci devra avoir effet en ce qui concerne tous les droits et rapports juridiques pour lesquels il soit nécessaire d'avoir la preuve du décès. Or, sous ce rapport, cette présomption de décès, à un point de vue purement négatif, tout au moins, résultera du jugement de déclaration; en ce sens qu'à partir de ce moment le disparu est présumé n'être plus vivant. Mais ne faut-il pas aller plus loin, et n'y a-t-il pas lieu, ce qui constitue la troisième question à résoudre, d'admettre une présomption positive de survie, en ce sens qu'il serait censé avoir survécu jusqu'à telle date qu'il resterait à fixer? En d'autres termes, si le disparu est présumé mort à la date du jugement de déclaration, cela veut-il dire que jusque-là il soit présumé vivant? A partir du jugement, il est certain que tout doit se passer comme si la preuve de son décès était acquise; mais antérieurement faut-il dire que tout se passera forcément comme si la preuve de son existence était fournie? Ou bien les intéressés seront-ils auto-

On doit admettre comme moment du décès, dans la mesure où les informations ne fournissent aucune autre solution :

Dans les cas de l'article 14, le moment auquel la déclaration de décès est devenue admissible;

Dans les cas de l'article 15, le moment de la conclusion de la paix ou l'expiration de l'année dans laquelle la guerre a pris fin;

---

risés à faire la preuve de la date à laquelle il y ait lieu de fixer l'époque de son décès? Ou enfin, au lieu de laisser aux intéressés le soin de faire cette preuve, la loi fixera-t-elle elle-même une présomption destinée à établir la date extrême de survie? Toute cette réglementation importe, soit au point de vue de la dévolution des biens de l'absent, soit au point de vue de l'attribution des droits auxquels il pourrait être appelé.

§ II. Sur le dernier point, l'article 18 admet non seulement que le disparu sera présumé décédé à partir du jugement, mais que le jugement lui-même pourra fixer la date présumée du décès. Donc on ne laisse pas aux intéressés le soin de faire la preuve de cette date; celle-ci résultera d'une fixation qui, en principe, sera judiciaire. Mais, à défaut de fixation judiciaire, c'est-à-dire si le juge manque d'éléments d'appréciation, l'article 18 admet, à titre subsidiaire, une fixation légale. Le but principal de cette réglementation est qu'on n'a pas voulu, en fixant légalement la date du décès au jugement de déclaration, faire dépendre cette détermination des accidents de procédure et des manœuvres des intéressés. Quant à la fixation légale, admise à titre subsidiaire, elle prendra pour base, en principe, non pas le moment de la disparition, ce qui serait invraisemblable, mais des époques variables correspondant au moment où la présomption de décès est imposée par les circonstances elles-mêmes. Il y aura lieu, du reste, de combiner les dispositions de l'article 18 avec celles de l'article 14 al. 2; d'où il résultera que cette date ne pourra être fixée postérieurement à l'époque où le disparu aurait accompli sa soixante-dixième année. D'ailleurs, l'article 18 *in fine* montre bien que les juges n'auront pas forcément à fixer l'heure probable du décès, mais uniquement le jour. Quant à la procédure d'information, elle est réglée au Code de procédure (art. 968).

§ III. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que cette présomption de survie,

Dans les cas de l'article 16, le moment où l'embarcation a péri, ou celui à partir duquel la perte est présumée;

Dans les cas de l'article 17, le moment où l'événement a eu lieu.

Si le moment du décès n'est fixé que quant au jour, c'est la fin de ce jour qui est réputée le moment du décès.

Art. 19. Tant que la déclaration de décès n'a pas eu lieu, le disparu est présumé avoir survécu jusqu'au moment qui, d'après

---

et par suite cette fixation, judiciaire ou légale, de la date du décès, est établie, non pas seulement en ce qui concerne la dévolution de la succession du disparu, comme le faisait le premier Projet (art. 21 P[1]), mais relativement à tous les droits et rapports juridiques dont la réglementation puisse dépendre de la date du décès, et à l'égard de toute personne intéressée, sauf certaines dispositions spéciales pour quelques cas particuliers (art. 1348, 1420, 1494, 1544, 1878, 1884 al. 2, 1885, 1921 al. 3). Ceci ne veut pas dire que cette présomption, bien qu'existant à l'égard de tout intéressé, ait en soi la valeur absolue d'une présomption *juris et de jure*. Le Code civil n'admet pas de présomption de ce genre. Aussi, tout intéressé garde le droit de demander à faire la preuve contraire. Mais le jugement, qui, pour un cas particulier, fixerait une date différente de celle admise par le jugement de déclaration, n'aurait qu'un effet relatif, quant aux parties en cause. Il est vrai que, s'il y a eu erreur de fait, on pourrait recourir alors à la procédure d'annulation, laquelle aboutirait, cette fois, à substituer à l'égard de tous une nouvelle date à l'ancienne (C. Pr. all., art. 293, 974 et 976).

Art. 19. § I. La fixation d'une date de décès, avec présomption de survie admise jusqu'à cette date, suppose qu'il y a eu déclaration de décès. Mais cette dernière, même après le délai qui la rend admissible, n'est pas toujours possible, puisqu'elle implique que les faits qui doivent lui servir de base soient non seulement vraisemblables, mais susceptibles d'être prouvés (art. 920, C. Pr. all.).

§ II. Donc, lorsqu'il n'y a pas eu déclaration, fallait-il admettre encore une présomption de survie, ou laisser à quiconque aurait intérêt à établir, soit l'existence, soit le décès du disparu, le soin de faire sa preuve, sans

l'article 18 al. 2, et à défaut d'autre résultat provenant des informations, doit être admis comme moment du décès; la disposition de l'article 18 al. 3 reçoit application correspondante.

---

qu'il y eût de présomption dans un sens ou dans l'autre? L'article 19 admet sous ce rapport l'application des mêmes présomptions de vie que pour le cas de l'article 18. Il en résulte, même s'il n'y a pas eu déclaration de décès, que quiconque, dans un procès, a intérêt à prouver l'existence d'un disparu, pourra se retrancher derrière une présomption légale, celle résultant des différentes hypothèses prévues par l'article 18, de façon à mettre la preuve contraire à la charge de son adversaire. Mais il n'y aura plus lieu, comme au cas de l'article 18, à une procédure d'office, permettant au tribunal de fixer de son chef une date antérieure à celles des présomptions légales, et devant avoir effet à l'égard de tous. Ce sera donc à l'adversaire au procès, s'il a intérêt à dénier la présomption de vie qu'on lui oppose, à faire la preuve contraire, en démontrant que la date du décès doit être reportée à une autre époque. Mais, à supposer qu'il y parvienne, cette date ne sera fixée que par rapport à lui, vu l'effet relatif des jugements.

§ III. Restera à prouver les faits sur lesquels repose la présomption légale; il s'agira d'établir, par exemple, d'après l'article 14, quel est le point de départ du délai d'admissibilité de la déclaration de décès. On pourra donc admettre sous ce rapport que cette preuve soit à la charge de celui qui invoque la présomption, puisqu'il est demandeur; d'autres, comme Planck (§ 19-2), veulent l'imposer à son adversaire, sous prétexte qu'il n'y a pas à établir, à proprement parler, de présomption de survie, puisque celle-ci est de droit tant que le décès n'est pas prouvé. L'article 19 aurait donc eu pour but uniquement de limiter la durée de la présomption de vie résultant, d'après le droit commun, du seul fait qu'il n'y a pas décès établi, ni déclaration de décès prononcée.

§ IV. Il faut remarquer, enfin, que, dans le cas de l'article 19, les présomptions légales de survie que l'on emprunte à l'article 18 n'ont plus pour effet d'établir, en sens inverse, une présomption corrélative de décès. Celui donc qui voudrait établir le décès pour une période postérieure aux délais de l'article 18 ne serait pas couvert par une présomption légale de décès. Il aurait à faire sa preuve, si ce n'est que celle-ci se trouverait facilitée par une présomption de fait incontestable.

Art. 20. Si plusieurs personnes ont péri dans un danger commun, il est présumé qu'elles sont décédées au même instant.

Art. 20. L'article 20 prévoit l'hypothèse des *Commorientes*. On suppose le cas, où, parmi ces *Commorientes*, quelques-uns seraient appelés à la succession réciproque les uns des autres. Il y avait lieu de déterminer comment se réglerait la charge de la preuve. Or il a semblé que rien ne serait plus artificiel que d'admettre des différences dans l'ordre chronologique des décès, suivant l'âge des personnes en cause; et alors, faute de preuve plus complète, lorsque celle-ci n'est pas possible, on présumera que toutes sont mortes en même temps. Mais, ce n'est là qu'une présomption, et la preuve contraire reste admise. Reste à savoir ce qu'il faudra entendre par ce danger commun qui est la condition préalable de la présomption de la loi. Suffira-t-il que la mort ait eu sa cause initiale dans un danger commun, même s'il est établi que, de deux ou plusieurs individus morts à la suite du même danger, chacun avait tenté un moyen de sauvetage différent, susceptible de modifier par conséquent les chances de salut et la résistance au danger, comme par exemple dans un naufrage, si l'un essaye de se sauver à la nage, et que l'autre se jette dans une barque qui chavire à son tour? Hölder (sur § 20) n'admettait plus en pareille hypothèse qu'il y eût danger commun. On le lui a reproché, sous prétexte que ce serait revenir à la preuve tirée «des circonstances du fait» du Code civil français, système que l'on a voulu écarter. Il faudrait donc s'en tenir à la preuve d'un danger commun comme cause initiale, sauf à permettre la preuve contraire (cf. Böckel, *Kommorienten*, dans *Arc. civ. Pra.*, 1902, 478).

TITRE DEUXIÈME.

DES PERSONNES JURIDIQUES.

I. Des associations.

1. *Dispositions générales.*

Art. 21. Une association dont le but ne vise pas une entreprise de caractère économique acquiert la capacité de jouissance des

---

Titre II. Pour la bibliographie, voir les ouvrages généraux concernant la partie générale du Code civil et cités dans la liste des abréviations, et en outre la bibliographie de Maas et *Bull.*, 1899, ainsi que *R. Dr. pu.*, t. XV. Add. Meurer, *Die juristischen Personen nach deutschen Reichsrecht.*

Art. 21. § I. Le Code civil n'a entendu régir en matières d'associations que la question patrimoniale, celle relative à la capacité juridique entendue de la capacité d'être un sujet de droits (cf. note sur art. 1). Toute la partie du droit d'association rentrant dans le droit public se trouve réservée, donc toute celle concernant la question de savoir à quelles conditions une association sera licite et à quelles conditions elle pourra être dissoute. Tous ces points, en attendant une loi d'Empire générale réclamée depuis longtemps, restent soumis aux législations des États particuliers. D'autre part, pour toutes les personnes morales du droit public, la question même d'acquisition et de perte de la personnalité reste soumise au droit public de chaque État; et il est admis, en principe, que les collectivités religieuses rentrant dans l'organisme général d'un culte reconnu par l'État sont par là même des personnes morales du droit public. Enfin l'article 82 L. Intr. réserve l'application des lois d'États d'après lesquelles une association religieuse ne pourrait acquérir la personnalité qu'en vertu d'une loi. Il faut rapprocher de cette disposition l'article 86 L. Intr., qui, d'une façon générale, réserve également l'application au moins partielle des lois d'États relatives aux restrictions apportées au droit d'acquisition des personnes morales (cf. *Bull.*, 1899, 275-277).

§ II. Ces réserves faites, le système admis en matière d'acquisition de la

droits par l'inscription au registre des associations du tribunal de bailliage compétent.

---

personnalité est celui généralement désigné sous le nom de système de l'enregistrement ou de l'immatriculation, et que les Allemands appellent plus volontiers système de réglementation légale, parce qu'il suffit à une association de se conformer aux prescriptions édictées par la loi pour qu'elle acquière de droit la personnalité, sans que l'obtention de ce bénéfice dépende d'une concession purement arbitraire de l'administration. Ce système de libre immatriculation n'est admis d'ailleurs que pour les associations à but idéal, parmi lesquelles il faut comprendre celles ayant un caractère politique ou religieux, sauf la réserve de l'article 61. Pour les associations à caractère économique (*R. Dr. pu.*, t. XV, p. 208 et suiv.), la plupart sont régies, soit par le Code de commerce, soit par des lois spéciales, qui se montrent toutes très libérales à leur égard. Pour celles qui ne rentreraient pas dans ces catégories privilégiées, on a pensé qu'il y avait peut-être lieu de s'en défier; et l'on maintient pour elles le système de la concession administrative (art. 22).

§ III. Seulement il devient extrêmement difficile de définir en pratique une association à but économique; et déjà ce point a donné lieu à une importante littérature dont on trouvera le résumé dans les études du *Bulletin* et de la *Revue du droit public* auxquelles il a été renvoyé plus haut, et également à quelques décisions de jurisprudence rapportées par Bunsen (*loc. cit.*, p. 65 et suiv.; cf. *Scher. Zw. Iah.*, p. 106, n° 337). Suffit-il de s'attacher au caractère des opérations même accessoires que peut faire l'association, telles que des achats en vue d'une revente ou toute autre opération susceptible de rapporter des bénéfices? Faut-il s'en tenir, comme dit le texte, au but de l'association et faut-il que ce but, en tant que but principal, soit de réaliser des bénéfices? Mais, tout en admettant ce second système, une nouvelle subdivision de la question se présente, qui est de savoir s'il suffit que ces bénéfices soient procurés aux membres de l'association individuellement, ou s'il faut que l'association, en tant qu'association, se livre à une entreprise économique qui lui soit propre? C'est ainsi que la question se posait pour les associations de réforme du crédit, qui ont pour but, non seulement de poursuivre des études et de créer un mouvement de réforme, mais qui servent d'agences de renseignements à leurs membres en vue de leurs opérations de crédit. La société ne poursuit pas pour elle un but économique qui soit une entreprise de l'association elle-même, et cependant elle sert les intérêts économiques de

Art. 22. Une association dont le but vise une entreprise de caractère économique acquiert la capacité de jouissance des droits, à défaut de dispositions spéciales des lois d'Empire, par une concession d'État. Le droit d'accorder la concession appartient à celui des États confédérés sur le territoire duquel l'association a son siège.

Art. 23. Si l'association n'a pas son siège dans un des États confédérés, la capacité de jouissance des droits peut, à défaut de dispositions spéciales des lois d'Empire, lui être conférée par résolution du Bundesrath.

Art. 24. Est réputé siège d'une association, s'il n'en a pas été disposé autrement, le lieu où en est exercée l'administration.

---

chacun de ses membres. C'est ce point qui a donné lieu à des arrêts divergents en jurisprudence. Et comme l'on s'est appuyé sur la formule du texte, il faut avoir soin de remarquer qu'il ne dit pas que l'association doive se livrer elle-même à une entreprise économique, mais qu'il suffit que son but soit dirigé vers une entreprise, qu'il vise une entreprise, économique; et l'on peut sous-entendre, comme certains le proposent, en vue de faire acquérir des bénéfices soit à l'association, soit à ses membres individuellement (cf. Bind., *eod. loc.*, p. 30).

Art. 22. Les associations à but économique restent soumises au système traditionnel de la concession administrative. (Sur la définition des associations à but économique, voir la note sur l'article 21.) Quant aux autorités chargées d'accorder la concession, cette question est réservée aux législations d'États. D'autre part, il résulte de l'article 82 L. Intr. que les associations dont la capacité dérive ainsi d'une concession de l'État sont régies, comme les personnes morales du droit public, en ce qui touche leur organisation constitutionnelle, par les législations des États particuliers relatives à la constitution des associations.

Art. 23. L'article 23 vise toute les variétés, tant à but idéal qu'à but économique, d'associations situées à l'étranger, à l'exception de deux réserves faites par la loi d'Introduction (art. 10 et 56).

Art. 24. La détermination du siège de l'association dépend avant tout

Art. 25. La constitution statutaire d'une association ayant la capacité de jouissance des droits est établie par les statuts de l'association, en tant qu'elle ne se fonde pas sur les dispositions qui suivent.

Art. 26. L'association doit nécessairement (1) posséder une direction. La direction peut se composer de plusieurs personnes.

La direction est investie de la représentation judiciaire et extrajudiciaire de l'association; elle a la situation d'un représentant légal. L'étendue de son pouvoir de représentation peut être restreinte par les statuts avec effet à l'égard des tiers (2).

---

des dispositions statutaires. La loi présume que le lieu où l'association a son administration de fait correspond à celui où se trouve le centre permanent de son activité. Si cette corrélation, ou plutôt si cette présomption, se trouvait contraire à la réalité, ce serait aux statuts à remettre les choses au point en fixant le siège de l'association. Et d'ailleurs, même si cette détermination statutaire se trouvait elle-même en contradiction avec les faits qui servent de base à la présomption de la loi, c'est elle qui devrait néanmoins prévaloir.

Art. 25. L'article 25 pose le principe de la liberté statutaire en ce qui touche l'organisation constitutionnelle des associations, sous réserve des dispositions de caractère impératif établies par le Code civil. Il faut ajouter, pour les associations soumises à la concession administrative, la réserve de l'article 82 L. Intr. (cf. art. 22 et la note). Quant à la forme du pacte statutaire, elle reste libre. Il n'est même pas indispensable, au point de vue légal, qu'il soit dressé par écrit, si ce n'est pour les associations destinées à être enregistrées (art. 59).

Art. 26. (1) Sur le sens de cette expression, voir *infra* les articles 56 et 57.

(2) La nécessité pour l'association d'avoir une direction est une disposition impérative. On a voulu que l'association eût un organe permanent pour la représenter. Cette direction peut, d'ailleurs, se composer d'une seule personne, de même qu'à l'inverse tous les membres de l'association pourraient faire partie de la direction. On a toutefois évité de prendre parti sur le caractère théorique que l'on doit attribuer à la direction; le Code civil s'est

Art. 27. L'acte de constitution de la direction se réalise par voie de résolution de l'assemblée des membres de l'association.

Cet acte de constitution est révocable à quelque moment que ce soit, sans préjudice de la prétention (1) ayant pour objet la rémunération fixée conventionnellement. Le droit de révocation peut être restreint par les statuts à l'hypothèse où se présente un motif important de révocation; un motif de cette nature existe, en particulier, lorsqu'il y a grave infraction au devoir ou incapacité de gestion normale.

Reçoivent application correspondante, relativement à la gestion confiée à la direction, les dispositions des articles 664 à 670 établies en matière de mandat (2).

---

abstenu de la qualifier expressément, soit d'organe de l'association, soit de représentant. Il se contente de dire qu'elle a la situation d'un représentant légal; et cette assimilation a en vue uniquement l'étendue illimitée des pouvoirs qui, de droit commun, et sauf restriction dans les statuts, lui sont accordés.

La direction, d'ailleurs, ne devra pas être confondue avec le conseil de surveillance, souvent désigné par les statuts sous le nom de conseil de direction, lequel n'a qu'un rôle de contrôle par rapport à la direction proprement dite.

Art. 27 (1). Sur le sens de cette expression, voir article 194.

(2) § I. La nomination par l'assemblée générale est conforme au principe de l'article 32; mais cette disposition n'a qu'un caractère supplétif. Il pourrait se faire que les statuts eussent prévu tout autre procédé, tel que l'élection par le conseil de surveillance, au lieu de l'assemblée générale.

§ II. La révocation *ad nutum* est conforme à l'article 168, et le droit de l'exercer appartient à l'organe investi du droit de nomination. Mais elle pourrait être restreinte ou même supprimée par les statuts. Toutefois ceux-ci ne pourraient pas écarter valablement le droit de révocation pour le cas de négligence grave ou d'incapacité absolue : cette dernière partie de l'alinéa 2 a un caractère impératif (art. 40). Des honoraires pouvaient avoir été stipulés au profit des membres de la direction, soit par les statuts, soit par convention particulière. C'est d'après l'interprétation de la clause qui les prévoit qu'il y aura

Art. 28. Lorsque la direction se compose de plusieurs personnes, les résolutions sont prises conformément aux règles des

---

lieu de décider si le droit de les toucher disparaît également avec la révocation.

§ III. Bien que le caractère des relations juridiques existant entre la direction et le corps auquel elle sert d'organe, ou qu'elle représente, suivant les théories, ne soit pas encore scientifiquement précisé, en fait et au point de vue des solutions positives, c'est par les règles du mandat, en principe et sauf dispositions contraires dans les statuts, que doivent se résoudre les questions qui s'y réfèrent (cf. H. Preuss, *Stellvertretung oder Organschaft?* dans *Iher. Iahr.*, t. 44, p. 429 suiv.).

Art. 28. § I. L'article 28 apporte une dérogation importante aux principes admis en matière de sociétés (art. 709-710 et C. Cᵉˢ all., art. 213). La règle de droit commun est, en effet, que, là où l'action appartient à plusieurs, tous doivent agir collectivement, principe de décision collective. En matière d'association, l'application de cette règle a paru soulever de nombreuses difficultés pratiques, pour le cas principalement où le conseil de direction serait nombreux. Aussi a-t-on admis le principe majoritaire, comme pour les décisions de l'assemblée (art. 32). L'analogie avec les sociétés par actions a semblé inexacte, vu le caractère presque exclusivement pécuniaire des décisions prises dans ces dernières, alors qu'il en sera tout autrement, du moins en général, pour les associations proprement dites.

§ II. Cette extension de l'article 32 ne doit s'entendre, toutefois, que des décisions proprement dites, et non de l'exécution. Quant à la conclusion des actes juridiques, en tant qu'elle aurait lieu conformément à une décision du conseil de direction, ce n'est plus qu'une question de procuration; et celle-ci pourrait être confiée même à un tiers. Pour le cas, du reste, où l'affaire aurait été conclue sans qu'il y ait une décision conforme du conseil de direction, il y aurait lieu d'appliquer les articles 177 à 180. Mais, d'autre part, il fallait prévoir le cas où un tiers aurait eu une déclaration à faire à l'association : sommation, par exemple, congé, résiliation ou offre de contrat. Devait-on l'obliger à faire cette déclaration à tous les membres de la direction, ou à celui seulement qui serait chargé de l'affaire? Devait-il suffire au contraire qu'elle fût adressée à un membre quelconque de la direction? C'est cette dernière solution qu'accepte l'article 28 al. 2, pour la plus grande

articles 32, 34, applicables aux résolutions des membres de l'association.

S'il y a une déclaration de volonté à émettre envers l'association, il suffit qu'elle le soit envers l'un des membres de la direction.

Art. 29. Lorsque les membres de la direction dont le nombre est indispensable font défaut, ils doivent, dans les cas d'urgence, et sur la requête d'un intéressé, être constitués par le tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'association a son siège, mais pour le temps seulement qui reste à courir, jusqu'à ce qu'il soit pourvu à la vacance qui s'est produite.

---

sécurité des tiers. On admet donc le principe de la représentation légale par un membre quelconque de la direction, à l'effet de recevoir valablement toutes déclarations quelconques de la part des tiers, même s'il s'agissait d'offre de contrat. L'offre produirait dans ce cas les effets des articles 145 et suiv.; et de même, s'il s'agissait d'acceptation, il y aurait lieu à l'application des articles 147 et suiv. Mais on a songé surtout aux citations et sommations en vue de la mise en demeure de l'association. Au surplus (art. 40), cette disposition de l'alinéa 2 ne pourrait être modifiée par les statuts (cf. C. C^es all., art. 242 al. 1).

Art. 29. Il pourrait arriver, par exemple, lorsque la direction se compose d'un seul membre, s'il vient à faire défaut, que les tiers ne trouvent plus personne à qui adresser les déclarations visées par l'article 28; ce qui serait grave, au point de vue surtout de la mise en demeure de l'association. L'intérêt des tiers exigeait donc en pareil cas, et d'une façon générale en cas d'urgence, que l'on pût pourvoir immédiatement, par un procédé rapide, au remplacement des membres faisant défaut. Mais il pourrait en être de même en ce qui concerne les intérêts de la direction; s'il s'agissait, par exemple, de poursuivre l'annulation d'une décision contraire aux statuts et qu'il y eût urgence, alors que le conseil ne serait plus en nombre. C'est d'ailleurs aux statuts à fixer le nombre minimum requis pour qu'une délibération et une décision fussent régulières. Or le conseil peut être réduit au-dessous du nombre ainsi fixé. Aussi l'article 29, en vue de toutes ces hypothèses, et dans l'intérêt de la direction tout autant que dans l'intérêt des tiers, admet-il, en cas d'urgence, la nomination par voie judiciaire.

Art. 30. Il peut être établi par les statuts que, à côté de la direction, et pour certaines affaires, il y aurait à constituer des représentants spéciaux. Le pouvoir de représentation d'un représentant de ce genre s'étend, dans le doute, à tous les actes juridiques que comporte habituellement le cercle d'affaires qui lui est assigné.

Art. 31. L'association est responsable du dommage que la direction, un membre de la direction ou tout autre représentant

---

Art. 30. Il ne s'agit pas dans l'article 30 de représentants spéciaux qui pourraient être nommés par la direction pour certaines affaires particulières. Une décision de ce genre rentrerait dans les pouvoirs de la direction, sans qu'il fût besoin pour cela d'une disposition spéciale des statuts. Il s'agit de la possibilité de créer, à côté de la direction, un nouvel organe ou de nouveaux organes analogues, destinés à jouer vis-à-vis de l'association le même rôle que la direction, mais pour certaines catégories d'affaires déterminées : celles, par exemple, qui rentreraient dans les fonctions de trésorier, ou encore celles qui seraient relatives à un ressort territorial fixé par les statuts. Dans tous les cas, le mode de nomination d'un organe de ce genre doit avoir été prévu par les statuts; sinon ce représentant spécial serait désigné par le même procédé que la direction elle-même. Ce représentant, ainsi régulièrement désigné et nommé, engagerait la responsabilité de l'association sous les mêmes conditions que la direction, c'est-à-dire conformément aux principes de l'article 31.

Art. 31. Le Code civil n'a pas entendu prendre parti sur aucune des théories si vivement discutées en ce qui touche le fondement juridique de la responsabilité délictuelle des personnes morales. (Sur tous ces points, Sal., n° 320, et p. 390, note 1; add. Klingmüller, *Die Haftung für die Vereinsorgane nach § 31 B. G. B.*, dans les *Studien* de Leonhard [1900]; voir également importante bibliographie dans Maas, fascicules 1900, 1901, 1902.) Il se contente de fixer les conditions sous lesquelles cette responsabilité sera engagée. Et, tout d'abord, l'article 31 ne vise certainement pas la responsabilité contractuelle, à laquelle s'appliquera l'article 278. Il s'applique donc surtout au cas de délits et quasi-délits; mais il comprendrait en outre les faits qui, sans être illicites, peuvent engager la responsabilité de leur auteur, indépen-

institué conformément aux statuts, a pu causer à un tiers par un fait accompli dans l'exécution des opérations qui lui reviennent et obligeant à réparation du dommage.

Art. 32. Les affaires de l'association, lorsqu'il ne s'agit pas de celles auxquelles la direction ou un autre organe de l'association

---

damment de toute faute de sa part (art. 231 et 904). Quant aux conditions de la responsabilité, elles n'existent que par rapport à l'auteur du fait, et non du côté de l'association. Pour ce qui est de l'auteur du fait, il faut supposer réunies toutes les conditions qui engageraient sa responsabilité personnelle, si lui seul était en cause, donc qu'il soit en faute, s'il s'agit de délit (art. 823). Mais, à l'inverse, aucune condition n'est exigée du côté de l'association; on n'exige aucune faute de sa part, ni faute dans le choix, ni faute dans la surveillance. Le Code civil consacre à cet égard une véritable responsabilité purement objective, par opposition à celle de l'article 831 (cf. *Bul.*, 1900, 156, et *R. Dr. pu.*, XV, 218). De là, s'agissant de responsabilité pour autrui, l'intérêt considérable qu'il y aura à distinguer ceux qui, en leur qualité d'organes de l'association, engageront la responsabilité de cette dernière sous les conditions de l'article 31, de ceux, simples agents ou employés, dont l'association ne répondra que si elle est en faute, conformément à l'article 831, ou tout au moins sous la condition de faute présumée qu'implique l'article 831. Et ce cercle comprendra, d'après le texte, non seulement les membres de la direction pris dans l'ensemble ou individuellement, mais les représentants spéciaux institués en vertu d'une disposition statutaire qui prévoie et permette cette nomination conformément à l'article 30. La disposition de l'article 31 est d'ailleurs impérative, et ne peut être modifiée par les statuts (art. 40).

Art. 32. § I. Il résulte de l'article 32 que l'assemblée générale est l'organe de décision de droit commun, ayant compétence générale pour toute résolution qui ne rentrerait plus dans les pouvoirs de la direction ou des organes spéciaux fixés par les statuts. Quant au mode de convocation et à la présidence de l'assemblée, toutes ces questions rentrent dans les prévisions statutaires. L'article 32 se contente d'exiger que les convocations fassent connaître l'objet de la résolution. Il est dit également que celle-ci doit être prise à la majorité, ce qui n'implique pas que chaque membre n'ait forcément qu'une voix. Il peut y avoir à cet égard des dispositions différentes admises par les statuts.

avait à pourvoir, sont réglées par voie de résolution, prise en assemblée des membres de l'association. Pour la validité de la résolution, il est exigé que l'objet auquel elle se réfère ait été désigné dans la convocation. La résolution se forme à la majorité des membres présents.

Une résolution est également valable en dehors de toute assemblée des membres de l'association, lorsque tous les membres déclarent par écrit leur assentiment à la résolution.

Art. 33. Pour une résolution qui renferme une modification des statuts, la majorité des trois quarts des membres présents est exigée. Pour une modification du but de l'association, l'assentiment de tous les membres est exigé; l'assentiment des membres non présents doit nécessairement (1) être donné par écrit.

Lorsque la capacité de jouissance des droits de l'association se fonde sur une concession, pour toute modification des statuts, l'approbation de l'État est exigée ou celle du Bundesrath lorsque la concession était émanée de ce dernier (2).

---

§ II. Il y avait un certain intérêt pratique à ce qu'une décision prise en dehors de l'assemblée pût être validée par voie d'adhésions individuelles. Mais, pour éviter toute difficulté de preuve, on exige une adhésion écrite. L'éventualité ainsi prévue se présentera d'ailleurs rarement, à cause de l'unanimité que l'on exige. Mais on a pensé que, pour de petites associations peu nombreuses, la disposition de l'article 32 al. 2 serait de nature à rendre de précieux services. Cette adhésion peut d'ailleurs être donnée, soit avant, soit après, la résolution prise par l'assemblée; c'est un assentiment au sens de l'article 182.

Art. 33 (1). Sur le sens de cette expression, voir *infra* les articles 56, 57 et également articles 36 et 37.

(2) Il faut remarquer qu'on n'exige pas l'unanimité pour toute modification aux statuts, mais seulement pour les dispositions qui porteraient atteinte au but même de l'association. D'autre part, s'il s'agit d'association inscrite, on appliquera, dans tous les cas, l'article 71.

Mais, pour les associations soumises au régime de la concession, on exige au

Art. 34. Un membre de l'association n'a pas le droit de vote, lorsque la résolution à prendre a pour objet l'accomplissement d'un acte juridique à passer avec lui, ou, soit l'introduction, soit la terminaison, d'une instance entre lui et l'association.

Art. 35. Il ne peut être porté atteinte, par une résolution de l'assemblée des membres de l'association, aux droits d'un membre qui lui appartiennent à titre de droits séparés, sans l'assentiment de celui-ci.

---

contraire l'approbation administrative pour toute modification quelconque aux statuts. Et d'ailleurs, s'il en eût été autrement, l'État, qui est le maître d'imposer, lors de l'autorisation qui lui est demandée, toutes les clauses statutaires qu'il jugerait nécessaires, n'aurait pas manqué d'exiger une clause de ce genre.

Art. 34. Comme Planck le fait remarquer avec raison (Pl., § 34), la disposition de l'article 181 n'aurait pas été de plein droit applicable, étant donné qu'un membre de l'association ne peut être qualifié de représentant de cette dernière. De là, par identité de motifs, la nécessité d'introduire une disposition spéciale, analogue à celle de l'article 181.

Art. 35. L'article 35 apporte une exception importante au principe d'après lequel l'unanimité n'est requise que pour les modifications au but de l'association. D'après l'article 35, il faudra le même consentement personnel d'un membre pris individuellement, lorsqu'il s'agira de porter atteinte aux droits qui lui appartiennent à titre séparé; et, par suite, il faudrait l'adhésion de tous les membres, s'il s'agissait de droits appartenant à chacun d'eux à titre de droits individuels. Les droits ainsi qualifiés ne peuvent être encore que des droits dérivant du titre d'associé, mais qui se distinguent des droits ordinaires appartenant à chacun des membres de l'association, en ce qu'ils représentent des avantages individuels garantis par l'association elle-même à chacun de ses membres ou à l'un d'eux en particulier. Que l'on suppose, par exemple, un membre ayant fait un apport gratuit à l'association et qui eût stipulé en retour double voix à l'assemblée; ou bien, pour prendre l'exemple d'un droit appartenant à tous les associés en vertu du pacte statutaire, il suffit d'indiquer le droit aux dividendes dans certaines sociétés de caractère économique, le droit au prêt individuel dans les sociétés de lecture, et autres avantages de ce genre (cf. *R. Dr. pu.*, t. XVI, 221 et les références).

Art. 36. L'assemblée des membres de l'association doit être convoquée dans les cas établis par les statuts, et de même toutes les fois que l'intérêt de l'association l'exige.

Art. 37. L'assemblée des membres de l'association doit être convoquée lorsque la fraction fixée par les statuts, ou, à défaut de fixation, le dixième des membres, demande, sous forme écrite, cette convocation, avec indication du but et des motifs.

S'il n'est pas fait droit à cette demande, le tribunal de bailliage

---

Art. 36. Le mot *doit*, employé seul, n'a plus aucun sens technique, analogue à celui de l'expression déjà mentionnée «doit nécessairement». Il désigne, ou bien une éventualité future qui doit arriver, ou une obligation imposée à quelqu'un ou à une collectivité de personnes, mais sans que la nature juridique de la sanction qui s'y rapporte ait été spécifiée.

Il résulte de l'observation qui précède que la disposition de l'article 36 a pour but uniquement, au cas de négligence, de mieux affirmer la responsabilité de la direction, en vue de l'application de l'article 27 al. 3.

Art. 37. La première et la dernière phrase du texte mettent précisément en opposition les deux sens du mot *doit*, tels qu'ils ont été rappelés à la note précédente, l'un qui ne se réfère à aucune sanction particulière, l'autre qui implique une sanction impérative.

La disposition de l'article 37, qui sert de complément à celle qui précède, est inspirée des usages admis en matière commerciale (C. C^es all., art. 254). Lorsque toutes les conditions de l'article 37 se trouvent réunies, la direction doit procéder à la convocation, sans qu'elle ait à se faire juge des motifs de la demande. Par conséquent, même si la convocation se trouve n'être pas justifiée quant au fond, la responsabilité de la direction n'est pas engagée. Mais il ne semble pas qu'on doive aller jusqu'à dire, si elle s'était opposée à la convocation et que celle-ci fût également repoussée par l'autorité judiciaire, que la responsabilité de la direction soit encore en cause, et cela pour le seul fait de n'avoir pas obéi *ipso facto* à une requête régulière en la forme. Le tribunal a, au contraire, pleine liberté d'appréciation; et il peut toujours refuser son autorisation. S'il l'accorde, il doit être fait mention dans les convocations, sous peine d'irrégularité et de nullité, de la circonstance que la convocation a lieu sur autorisation et par habilitation de justice (Pl., § 37).

dans le ressort duquel l'association a son siège peut habiliter les membres qui ont formé la demande à l'effet de convoquer l'assemblée et il peut statuer sur les mesures relatives à la présidence. Dans la convocation de l'assemblée, il doit nécessairement être fait mention de l'habilitation.

Art. 38. La qualité de membre de l'association n'est ni cessible, ni héréditaire. L'exercice des droits dérivant de cette qualité ne peut être abandonné à une autre personne.

Art. 39. Les membres de l'association ont le droit de se retirer de l'association.

Art. 38. Quelle que soit la conception que l'on se fasse du droit particulier de chaque associé, qu'il soit considéré comme un véritable droit subjectif individuel, conformément à la théorie dominante, ou comme une simple situation juridique, il ne paraît pas qu'aucune de ces conceptions, fût-ce même la dernière, dût conduire logiquement à déclarer la qualité d'associé incessible et intransmissible aux héritiers. Néanmoins il a paru plus conforme à la réalité et aux usages, s'agissant surtout d'associations à but idéal, de considérer, dans le doute, que cette qualité devait être strictement personnelle. Sans doute il n'en est pas, en cette matière, comme dans les sociétés civiles proprement dites où l'individualité et la personnalité des membres sont prises en considération par tous les contractants; mais encore est-ce une garantie, pour chacun des adhérents, en matière même d'association, que les membres ne reçoivent cette qualité que conformément aux modes d'admission fixés par les statuts. Dans le même ordre d'idées, l'article 38 va même jusqu'à présumer que l'exercice du droit, et par suite des prérogatives dérivant de la qualité d'associé, est lui-même strictement personnel et ne pourrait être objet de représentation, par exemple en ce qui concerne le droit de vote. Mais ce ne sont là que des présomptions conformes aux usages. Il pourrait y être dérogé par une disposition spéciale des statuts (art. 40).

Art. 39. Il résulte de cette disposition, combinée avec celle de l'article 40 qui ne la vise pas, que les statuts ne peuvent apporter d'autres restrictions au droit de retrait de l'association que celles prévues par le second alinéa du texte : il s'ensuit donc qu'il ne pourrait être stipulé aucune clause pénale à payer pour les associés démissionnaires (Pl., § 39).

Il peut être établi par les statuts que l'exercice de ce droit ne sera admissible qu'à la clôture d'une année budgétaire ou qu'après expiration d'un délai de dénonciation; le délai de dénonciation peut s'élever au maximum à deux années.

Art. 40. Les dispositions de l'article 27 al. 1, 3, de l'article 28 al. 1 et des articles 32, 33, 38 cessent de recevoir application dans la mesure où les statuts en auraient disposé autrement.

Art. 41. L'association peut être dissoute par résolution de l'as-

---

Art. 41. § I. Le Code civil distingue, au moins en principe, les causes de dissolution des causes de retrait de capacité. On a pensé qu'un code de droit privé ne devait prévoir, en tant que causes de dissolution, que les hypothèses dans lesquelles la dissolution résulterait des statuts ou encore d'une décision volontaire de l'assemblée générale. Pour toutes celles qui pourraient être imposées par raison d'ordre administratif, il n'y avait pas en parler. La seule sanction à admettre en pareil cas au point de vue du droit privé était le retrait de capacité, et non la dissolution. Dans la plupart des cas, sans doute, où il y aura retrait de capacité, il y aura, en même temps, par application du droit public, dissolution de l'association. Mais on a cru, à un point de vue, au moins théorique, que le Code civil n'avait pas à édicter ni à prévoir ici-même la dissolution, d'autant que l'association peut très bien subsister sans la personnalité (art. 54). Il faut d'ailleurs ajouter aux causes de dissolution proprement dites, en dehors de celle de l'article 41, celles prévues par les articles 73 et 74.

§ II. Les causes de dissolution peuvent donc se classer en trois catégories, celles résultant d'une décision de l'assemblée générale (art. 41, cf. C. C^es all., art. 292); celles résultant d'une condition prévue par les statuts, comme serait l'échéance du temps fixé pour la durée de l'association (art. 74), ou la réduction du nombre des membres à un minimum déterminé (art. 73); et il faut ajouter les causes de dissolution prévues par le droit public en matière d'association, dont le maintien, on le sait, se trouve absolument réservé. Mais, en dehors de ces causes de dissolution proprement dites, pour toutes les hypothèses qui vont suivre, il n'est plus question que de perte ou de retrait de capacité : de là l'utilité qu'il y aurait à se demander, toute question de terminologie à part, en quoi va consister exactement la différence.

§ III. Il semble bien qu'en cas de retrait de personnalité, sans qu'il y ait

semblée des membres de l'association. Pour cette résolution une majorité des trois quarts des membres présents est exigée, à moins de dispositions différentes dans les statuts.

---

dissolution proprement dite, l'association doive continuer à subsister sous les conditions de l'article 54. Il est cependant peu vraisemblable que les associés, qui ont voulu *ab initio* fonder une association douée de personnalité, soient censés accepter de maintenir une association toute différente; et c'est même la présomption contraire qui devra prévaloir (PL., § 41-2). Il n'y aura donc maintien de l'association aux termes de l'article 54 que s'il y a une décision expresse à ce sujet ou si le fait a été prévu par les statuts. Dans le premier cas, cela équivaudra à la fondation d'une association nouvelle; et la décision prise à cet égard équivaudra à un acte de société (art. 54). Dans l'autre hypothèse, il ne se forme pas de contrat nouveau; le maintien de l'association résulte d'un pacte antérieur qui subsiste. Mais il pourrait en être de même au cas de dissolution proprement dite, sauf s'il s'agit de dissolution administrative. Les anciens associés pourraient fonder une association nouvelle aux termes de l'article 54. Il est vrai qu'il serait moins vraisemblable, lorsqu'il s'agit de cette éventualité, que les statuts eussent entendu prévoir le maintien de l'association, pour le cas où celle-ci serait dissoute et sous la condition qu'elle pût subsister aux termes de l'article 54, tandis que cette prévision pourra s'induire plus facilement en vue du retrait pur et simple de capacité.

§ IV. Lorsque l'association subsiste, est-ce l'ancienne qui est maintenue ou une nouvelle qui commence? Cette dernière solution n'est guère douteuse pour le cas où, s'agissant de retrait de capacité, le maintien résulte d'une décision expresse. La question se pose surtout pour le cas où ce maintien eût été prévu par les statuts. On a déjà vu que, dans ce cas, le maintien de l'association est imposé par l'acte initial de fondation, au lieu de résulter d'un pacte nouveau. Mais l'acte initial qui oblige au maintien de l'association pourrait être également considéré comme l'acte constitutif de l'association nouvelle qui se perpétue, sous les conditions de l'article 54; ou bien on pourrait admettre encore que c'est une association différente qui commence en vertu du pacte initial. Cependant, même dans ce cas de prévision statutaire, l'article 45 semble bien admettre que le patrimoine, au lieu de rester à l'association, serait attribué aux destinataires indiqués par le texte; celui-ci ne fait aucune exception en vue de cette hypothèse. Ce serait donc exactement comme s'il y avait dissolution proprement dite. Entre cette dernière hypothèse et celle du

Art. 42. L'association perd la capacité de jouissance des droits par l'ouverture de la faillite.

---

retrait de capacité, il n'y aurait donc plus, en définitive, qu'une différence purement nominale (cf. Pl., § 41, et Eck, 67-68). Peut-être cependant, au cas de retrait pur et simple de capacité, pourrait-on admettre une interprétation plus extensive de l'article 45 en ce qui touche la désignation des attributaires du fonds social. La disposition qui les désigne n'a pas besoin d'être expresse; si donc le maintien de l'association résulte des statuts, ne pourra-t-on pas admettre le plus souvent que la disposition qui prévoit la survivance de l'association implique désignation des nouveaux associés comme attributaires du patrimoine social, interprétation qui paraîtrait bien autrement douteuse au cas de dissolution proprement dite?

Art. 42, § I. Il est d'usage général que la faillite entraîne dissolution. Conformément au système admis par le Code civil (cf. art. 41, note § 1), l'article 42 prononce le retrait de capacité, sans parler de dissolution. Si donc les associés voulaient maintenir l'association, ce serait forcément, cette fois, une fondation nouvelle, puisqu'il ne peut y avoir là une survivance dérivant d'une interprétation statutaire; et l'article 45 s'appliquerait d'une façon stricte (voir art. 41, note § 4), de même que pour le recouvrement de la personnalité il faudrait faire application des articles 21 et 22 (Pl., § 42).

§ II. D'autre part, l'article 42 fait une obligation positive à la direction, au cas d'insolvabilité proprement dite — et il ne suffirait pas d'une simple incapacité de payement — de déposer une demande en déclaration de faillite. Lorsqu'il n'y a qu'incapacité de payement, la direction peut provoquer la faillite sur son appréciation, sans qu'il y ait lieu à l'obligation positive de l'article 42 (cf. *Konk. Ordn.*, art. 208); et le même droit appartient d'ailleurs aux créanciers (*Konk. Ordn.*, art. 213). Mais, s'il y a insolvabilité réelle, le seul fait d'avoir différé la demande engage la responsabilité de la direction; et ce retard à l'égard des créanciers sera constitutif d'un délit civil qui leur donne action directe contre les membres de la direction (*M.*, I, 105). Seulement, il faut que ceux-ci soient en faute (art. 823); toutefois, il y aura toujours faute lorsqu'ils auront différé la demande, l'article 42 ne leur laissant à cet égard aucune liberté d'appréciation. Leur bonne foi pourrait résulter, au contraire, de l'ignorance, non imputable à faute, de l'insolvabilité (*M.*, I, 104); ou encore, pour quelques-uns des membres de la direction, du fait de s'en être remis à tels ou tels d'entre eux du soin de faire les diligences nécessaires.

Lorsqu'il y a excédent du passif, la direction a charge de requérir l'ouverture de la faillite. Si le dépôt de la requête a été différé, les membres de la direction à qui une faute est imputable sont responsables envers les créanciers du dommage qui en résulte; ils sont tenus comme débiteurs solidaires.

Art. 43. La capacité de jouissance des droits peut être retirée à l'association, lorsque celle-ci, par une résolution illégale de l'as-

---

Art. 43., § I. L'article 43 ne vise que le retrait de capacité; mais, d'autre part, toutes les législations d'États sur le droit de dissolution par voie administrative se trouvent maintenues. Et même en ce qui concerne uniquement le retrait de capacité, il était difficile, fût-ce même dans un code de droit privé, de ne pas accorder à l'administration, par voie de disposition générale, ayant la valeur d'une loi d'Empire, le droit d'imposer le retrait de capacité dans les cas où la question fût le moins susceptible de faire doute, par exemple lorsqu'il y a contravention à la loi; et c'est le cas des trois derniers alinéas de l'article 43, puisque le changement de but qui s'y trouve visé a pour objet d'échapper soit aux articles 21 et 22, soit à l'article 61 *in fine*, soit, dans le cas d'association soumise au régime de la concession, au droit d'appréciation de l'État concédant. Mais il faut remarquer que, en dehors des cas visés par les alinéas 2 et 3, dès qu'il s'agit d'associations à but idéal, bénéficiant du droit à l'enregistrement, l'administration n'ayant pas à en apprécier le but, le simple changement de but ne permettrait plus à cette dernière d'intervenir.

§ II. Le premier alinéa de l'article 43 a été emprunté à la loi sur les associations corporatives et à la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (loi du 1er mai 1879, art. 79, et loi du 20 avril 1892, art. 62). Pour que l'administration puisse agir, il ne suffit pas d'une atteinte à l'intérêt général, il faut une condition préalable, consistant en ce que cette atteinte doive résulter d'une décision illégale de l'assemblée ou d'agissements irréguliers de la direction; et c'est ainsi que le recours se trouverait justifié au cas de changement de but ayant pour objet la poursuite d'un but illicite au sens de l'article 61. S'agissant d'association à but idéal, ce changement de but n'autoriserait pas par lui-même et à lui seul le retrait de capacité (*supra*, § 1); mais, d'autre part, la décision qui s'y référerait, ayant en vue une violation positive d'une loi d'ordre public, serait illégale par elle-même, et tomberait ainsi sous

semblée des membres de l'association ou par des agissements illégaux de la direction, compromet l'intérêt public.

La capacité de jouissance des droits peut être retirée à une association dont le but, d'après les statuts, ne vise pas une entreprise de caractère économique, lorsqu'elle poursuit un but de cette nature.

La capacité de jouissance des droits peut être retirée à une association qui, d'après les statuts, n'a pas un but politique, social-politique ou religieux, lorsqu'elle poursuit un but de cette nature.

La capacité de jouissance de droits peut être retirée à une association dont la capacité se fonde sur une concession, lorsqu'elle poursuit un autre but que celui établi dans les statuts.

Art. 44. La compétence et la procédure se déterminent, dans

---

le coup de l'alinéa 1er. Il ne suffirait pas, du reste, d'agissements ayant en vue un but contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs; il faut que ces agissements en eux-mêmes soient irréguliers en tant que contraires à une disposition impérative de la loi. Il est vrai que les législations d'États, dont l'application est réservée au point de vue du droit public, pourront faire échec à cette condition préalable; et, en tous cas, il est admis que, pour apprécier s'il y a violation de l'intérêt général, l'administration aura à se référer aux principes de droit public établis dans chaque État en matière d'associations (*Pr.*, I., 575-576).

Art. 44. L'article 44 règle les questions de procédure et de compétence conformément aux principes qui seront posés sur l'article 62. Seulement, il fallait prévoir le cas d'un État, la Saxe par exemple (cf. End., I, 212, note 2), n'ayant pas de juridiction administrative; et, dans ce cas, au lieu d'attribuer compétence aux tribunaux ordinaires, l'article 44, par analogie de la *Gewerbe Ordnung*, attribue compétence aux autorités administratives supérieures du ressort, lesquelles devront juger dans la forme contentieuse, en instance publique, et avec les garanties judiciaires de droit commun (Pl., § 44). Cette procédure s'appliquera même aux associations dont la capacité provient d'une concession de l'État. Il n'y a exception que pour celles qui, d'après l'article 23, auraient acquis la personnalité par concession du Bundesrath.

les cas prévus par l'article 43, d'après les dispositions des lois d'États établies en matière de contentieux administratif. Là où n'existe pas de procédure pour les affaires contentieuses administratives, reçoivent application les dispositions des articles 20, 21 de la loi organique sur l'industrie; la décision est prise en première instance par les autorités administratives supérieures dans le ressort desquelles l'association a son siège.

Lorsque la capacité de jouissance des droits se fonde sur une concession émanant du Bundesrath, le retrait de capacité a lieu par résolution du Bundesrath.

Art. 45. Lorsqu'il y a dissolution de l'association ou retrait de la

---

Art. 45. § I. En principe, c'est dans les statuts que doit se faire la désignation des attributaires du fonds social; ce qui ne doit pas s'entendre seulement d'une désignation initiale, mais de la désignation statutaire, telle qu'elle existe au moment de la dissolution ou du retrait de capacité. On n'a pas considéré que les associés eussent en quelque sorte un droit personnel à ce que la désignation initiale ne fût pas modifiée après coup. C'eût été porter atteinte à l'autonomie de l'association. Puisque celle-ci a droit de changer son but initial, il devait en être de même de l'attribution éventuelle de son patrimoine. Il est vrai que les statuts pourraient avoir donné qualité à l'assemblée ou à la direction de désigner après coup les attributaires; mais ce serait là encore une affectation faite en vertu d'une disposition des statuts.

§ II. Mais quel système adopter à défaut de désignation statutaire? Fallait-il admettre le partage des biens entre les associés, ou l'attribution au profit du fisc, sauf à exiger de ce dernier qu'il les affectât à une fondation similaire? C'est en principe ce second système qui fut adopté, non pas en vertu d'une conception théorique, mais comme correspondant le mieux aux intentions initiales, et par suite en vertu d'une sorte de présomption de volonté des intéressés. Le partage individuel n'est admis que par exception, pour les associations fondées dans l'intérêt exclusif et personnel de leurs membres. D'autre part, l'attribution au fisc a elle-même un caractère subsidiaire, en ce sens que, tout au moins pour les associations à but idéal, la question ne pouvant se poser pour les autres, on permet à l'assemblée générale, même à défaut de toute disposition de ce genre dans les statuts, de faire elle-même l'attribution

capacité de jouissance des droits, le patrimoine est dévolu aux personnes désignées dans les statuts.

Il peut être prescrit par les statuts que les ayants droit à la dévolution seraient désignés par résolution de l'assemblée des membres de l'association ou de tout autre organe de l'association. Si le but de l'association ne vise pas une entreprise de caractère économique, l'assemblée des membres de l'association peut, même à défaut de toute prescription statutaire, attribuer le patrimoine à une fondation ou à un établissement publics.

Lorsqu'il n'y a pas désignation des ayants droit à la dévolution, si l'association, d'après les statuts, a pour objet exclusif de servir les intérêts de ses membres, le patrimoine est dévolu par parts égales aux membres actuels de l'association au moment de la dissolution ou du retrait de capacité, et, en tout autre cas, au fisc de l'État confédéré dans le territoire duquel l'association avait son siège.

Art. 46. Lorsque le patrimoine social est dévolu au fisc, reçoivent application correspondante les dispositions relatives à l'hypothèse où l'hérédité est dévolue au fisc comme héritier légal. Le fisc a charge, le plus possible, d'employer le patrimoine à une destination qui corresponde au but de l'association.

---

des biens à une fondation ou à un établissement publics. Sur ce point encore il faut réserver l'application des législations d'États, qui, au lieu du fisc, désigneraient une corporation, une fondation ou un établissement publics (art. 85, L. Intr.).

Art. 46. Lorsqu'il y a dévolution au fisc, on n'a pas cru devoir imposer la liquidation, les créanciers trouvant une garantie suffisante dans les règles sur la succession à titre universel. Les textes visés sont principalement les articles 1936, 1942, 1966, 1975 et suivants et 2011 (Pl., § 46). Quant à la disposition finale relative à l'emploi des biens, elle constitue, comme Planck le fait remarquer, une règle de droit public plutôt que de droit privé.

Art. 47. Dans tous les cas où le patrimoine social n'est pas dévolu au fisc, il doit nécessairement (1) y avoir lieu à liquidation (2).

Art. 48. La liquidation est faite par la direction. D'autres personnes peuvent également être constituées comme liquidateurs;

Art. 47. (1) Cf. *infra* art. 56 et 57 et les notes.

(2) L'obligation de procéder à la liquidation a été admise comme une garantie qui s'imposait dans tous les cas, sauf lorsqu'il y a dévolution au fisc, en vue de mieux assurer aux créanciers le paiement des dettes de l'association, et également pour éviter aux attributaires, pour le cas où l'on eût admis à leur égard une règle analogue à celle de l'article 46, l'application qu'on eût été tenté de faire de l'article 1942, lequel leur eût interdit de refuser la dévolution. Pour le cas où l'attributaire serait une fondation ou un établissement public, il y aurait donc, à cet égard, une différence importante avec l'hypothèse de dévolution au profit du fisc.

Art. 48. Que les liquidateurs soient les membres de la direction, ce qui est le droit commun (cf. C. C^es all., art. 295), ou que, par suite d'une décision de l'assemblée, ils aient été nommés conformément aux articles 27 et 29, leur situation juridique et leurs pouvoirs sont analogues à ceux attribués à la direction, si ce n'est qu'ils sont déterminés et orientés par un but spécial qui pourra influer sur leur étendue elle-même (art. 49). Et c'est ainsi déjà que si, par rapport à ces pouvoirs des liquidateurs, il avait été admis une restriction analogue à celle dont parle l'article 26, celle-ci ne pourrait cependant pas avoir pour objet des actes indispensables à la liquidation; ce serait le cas, par exemple, de l'interdiction de vendre certains biens (Pl., § 48). La responsabilité des liquidateurs sera déterminée d'après les principes de l'article 31, de même qu'il y aurait lieu également à l'application du second alinéa de l'article 42. Reste cependant une exception importante à ce principe d'assimilation, en ce que, pour les décisions à prendre, lorsqu'il y a plusieurs liquidateurs, et cela même si c'est l'ancienne direction qui remplit ce rôle, on exige l'unanimité, alors que pour la direction, tant que dure l'association, on avait introduit le principe majoritaire (art. 28; cf. C. C^es all., art. 150 et art. 298 al. 3). Mais le contraire pourrait avoir été établi soit par les statuts, soit par décision de l'assemblée, dans le cas où celle-ci aurait pris une décision spéciale relative à la nomination de liquidateurs autres que les membres de la direction.

doivent servir de règles pour cette constitution les règles applicables à la constitution de la direction.

Les liquidateurs ont la même situation juridique que la direction, en tant qu'il ne résulte pas du but de la liquidation qu'il doive en être autrement.

S'il y a plusieurs liquidateurs, l'unanimité, à moins qu'il n'en ait été disposé autrement, est exigée pour leurs résolutions.

Art. 49. Les liquidateurs ont mission de terminer les affaires en cours, de recouvrer les créances, de convertir en argent ce qui reste de l'actif, de désintéresser les créanciers et de remettre le reliquat aux ayants droit à la dévolution. Pour terminer les affaires pendantes, les liquidateurs peuvent aussi en entamer de nouvelles. Il est permis de surseoir au recouvrement des créances comme à la conversion en argent de ce qui reste d'actif, en tant que ces mesures ne sont pas exigées pour le désintéressement des créanciers ou pour le partage du reliquat entre les ayants droit (1).

Art. 49. (1) L'article 49 trace la mission des liquidateurs conformément au système d'orientation que laissait déjà entrevoir l'article 48 al. 2. Seulement, la portée du texte paraît assez délicate à préciser, et Planck a-t-il pu indiquer déjà trois systèmes différents qui pourront se produire sur l'interprétation de cette disposition. D'après le premier, l'article 49 n'entendrait apporter aucune restriction aux pouvoirs des liquidateurs quant à la validité de leurs actes par rapport aux tiers; tous seraient valables en soi. Le texte aurait entendu fixer uniquement les éléments de la responsabilité des liquidateurs vis-à-vis de l'association, de telle sorte qu'elle se trouvât engagée dès qu'ils outrepasseraient la mission qui leur est ainsi tracée. Un second système n'admettrait comme valables que les actes qui, par leur caractère et leur nature objective, sont des actes de liquidation, tels que ceux énumérés par le début de l'article 49. Et l'on s'appuie, à cette fin, sur la suite du texte qui, pour valider les actes autres que ceux ainsi énumérés, par exemple l'entreprise d'affaires nouvelles, exige que la nécessité en soit établie en vue de la liquidation, par exemple pour terminer les affaires pendantes. Mais ce serait, par là, ruiner tout crédit vis-à-vis des tiers, puisque, pour tout acte qui,

L'association est réputée subsister jusqu'à la clôture de la liquidation dans la mesure où le but de la liquidation exige qu'il en soit ainsi (2).

Art. 50. La dissolution de l'association ou le retrait de capacité doivent être rendus publics par les soins des liquidateurs. Dans l'acte de publication les créanciers doivent être invités à notifier leurs prétentions (1). La publication se fait par la feuille publique dési-

---

par sa nature, ne fût pas un acte de liquidation, par exemple un bail à passer dans le cas où la vente des immeubles se trouverait différée, il faudrait, pour en établir la validité, démontrer qu'il fût exigé pour la continuation des affaires en cours ou le but indispensable de la liquidation. De là le troisième système, qui valide les actes, non d'après leur nature objective, mais d'après leur but; tout acte nécessaire à la liquidation, quelle qu'en soit la nature en elle-même, est valable. Enfin, vis-à-vis des tiers, cette légitimité du but est présumée, de telle sorte que, pour annuler l'acte, il faudrait établir la mauvaise fois des tiers, et démontrer que ceux-ci s'associaient sciemment à un acte qui ne rentrât pas dans la mission des liquidateurs. Il est peu probable, du reste, que l'objection de texte induite de l'article 49 s'oppose à cette interprétation; car si le texte paraît légitimer, en raison de leur but, certains actes qui, par leur nature, seraient suspects, c'est uniquement afin de couvrir sous ce rapport la responsabilité des liquidateurs (cf. C. C^es all., art. 149 et 151).

(2) Le maintien intérimaire de la personnalité correspond aux usages courants en matière commerciale (C. C^es all., art. 156). Cette disposition était impliquée du reste par la situation juridique reconnue aux liquidateurs (art. 48 al. 2). Seulement l'article 49 al. 2 admet à ce principe une restriction qui ne peut guère concerner les pouvoirs des liquidateurs eux-mêmes, puisque ce serait revenir à la question qui vient d'être posée [*supra* (1)], et dont, par suite, on ne voit pas bien la portée, à moins qu'on ait voulu viser les questions de propriété, en ce sens que, sans attendre la fin de la liquidation, le patrimoine appartiendrait déjà, théoriquement du moins, aux destinataires. Et cependant il reste assez peu probable qu'on ait voulu viser, et surtout admettre, cette solution (art. 53 et la note).

Art. 50 (1). Sur le sens de cette expression voir l'article 194.

gnée pour les annonces dans les statuts de l'association, et, lorsqu'il n'en a pas été désigné, dans celle fixée pour les publications du tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'association avait son siège. L'accomplissement de la publication est réputé réalisé à l'expiration du second jour après l'insertion ou après la première des insertions faites.

Les créanciers connus doivent être invités par communication particulière à faire leur notification (2).

Art. 51. Il n'est pas permis de délivrer le patrimoine aux ayants droit à la dévolution avant l'expiration d'une année à compter de la publication concernant la dissolution de l'association ou le retrait de capacité.

Art. 52. Si un créancier connu ne fait pas sa notification, le montant de ce qui lui est dû, à supposer existantes les conditions qui donnent droit à la consignation, doit être (1) consigné pour le compte du créancier (2).

---

(2) On a voulu prévoir le cas assez fréquent où les statuts indiqueraient un journal comme devant servir aux annonces et publications à faire par l'association. C'est dans cette feuille, en pareil cas, que devra se faire la publication requise dans les hypothèses visées par le texte. Et ce n'est que subsidiairement que l'on aura recours à la feuille officielle désignée pour les annonces judiciaires du ressort.

Art. 51. Tant que le patrimoine n'a pas été effectivement remis aux destinataires, les créanciers peuvent encore utilement se présenter, car on n'établit contre eux aucun délai de forclusion.

Art. 52. (1) Cf. art. 36 en note.

(2) § I. L'échéance du délai de l'article 51, en ce qui concerne les créanciers inconnus, a pour effet uniquement de dégager la responsabilité des liquidateurs, qui peuvent désormais se décharger de l'actif en toute sécurité. Mais on aurait pu croire qu'à l'égard des créanciers connus cette échéance eût autorisé de plein droit la consignation, ce qui eût équivalu à en assimiler

Si le règlement d'un engagement ne peut être opéré à ce moment ou si un engagement est contesté, il n'est permis de délivrer le patrimoine aux ayants droit à la dévolution que moyennant une prestation de sûreté faite au créancier.

---

les effets à ceux de la demeure elle-même (art. 372). Tel n'est pas le système adopté. L'article 52 (cf. C. C^es all., art. 301) exige, en effet, les conditions ordinaires de la consignation, et, en outre, que le créancier n'ait pas produit, sans d'ailleurs qu'il y ait à s'occuper sous ce rapport du délai de l'article 51, et à supposer, bien entendu, que le créancier ait été avisé conformément à l'article 50. C'est donc au moment où va se faire la remise de l'actif, indépendamment du délai de l'article 51, qu'il faut se placer pour savoir s'il y a défaut de production. Mais il faut, en outre, que toutes les conditions de l'article 372 se trouvent réunies, donc que le créancier soit en demeure (art. 293-299), ou, sinon, que la condition subsidiaire de l'article 372 soit réalisée. Et d'ailleurs, le simple dépôt ne suffira pas à la libération, celle-ci ne devant être acquise (art. 378) que lorsque le droit de retirer la chose consignée n'existe plus (art. 376). Il est vrai que les liquidateurs pourraient renoncer au droit de retrait (art. 376); mais ils n'y sont pas obligés. S'ils ne l'ont pas fait, ils peuvent encore reprendre ce qui a été consigné. Dans ce cas, la consignation devient non avenue (art. 379); et alors, si la remise de l'actif avait déjà été opérée, celle-ci se trouverait avoir été faite irrégulièrement, d'après l'article 52 lui-même, et la responsabilité du liquidateur serait engagée de ce chef (Pl., § 52 et 53).

§ II. Il allait de soi que, s'il y a remise du patrimoine aux attributaires en dépit de la notification faite par un créancier, cette remise ne peut être régulièrement opérée que moyennant une prestation de sûreté au profit du créancier. C'est ce qui aura lieu toutes les fois que la créance alléguée sera contestée, et toutes les fois également qu'elle ne pourra être réglée sur-le-champ, soit qu'elle soit à terme ou sous condition, soit que le dépôt intérimaire en soit impossible parce que les conditions exigées pour la consignation ne se trouvent pas exister. C'est à ces différentes hypothèses que fait allusion le second alinéa du texte, en parlant des engagements qui ne peuvent être réglés sur-le-champ et de ceux qui sont contestés. Cette expression employée pour traduire le mot *Verbindlichkeit* du texte a paru plus large que le mot «dettes», dont il est ici synonyme.

Art. 53. Les liquidateurs qui contreviennent aux obligations leur incombant en vertu de l'article 42 al. 2 et des articles 50 à 52, ou qui font une délivrance d'actif aux ayants droit à la dévolution avant que les créanciers aient été désintéressés, sont, s'il y a une faute à leur charge, responsables envers les créanciers du

---

Art 53. § I. Les liquidateurs sont les gérants de l'association, et non les mandataires des créanciers. Si donc, par suite de leur gestion irrégulière, ils compromettent les droits des créanciers, ceux-ci n'auraient eu, de droit commun, que les actions appartenant de ce chef à leur débiteur, et qui font partie du patrimoine de l'association, puisque celui-ci subsiste encore à l'état de patrimoine indépendant (art. 49 al. 2). Il a semblé toutefois, lorsqu'il y avait violation des prescriptions établies dans l'intérêt direct des créanciers, qu'il y avait là les éléments matériels d'un délit civil, justifiant au profit des créanciers l'attribution d'une action directe à l'encontre des liquidateurs. Telle est la théorie de l'article 53, laquelle se rattache directement, comme l'indique la condition de faute, au système de l'article 823 sur la responsabilité délictuelle. C'est ce qu'implique également le mot «*responsables*», employé intentionnellement par le texte.

§ II. A l'encontre des destinataires qui auraient été payés irrégulièrement, le Code civil n'attribue aucun recours direct. On n'aurait pu le faire que sur le fondement de l'enrichissement sans cause (art. 812). Or l'enrichissement aurait eu lieu, en droit, aux dépens de l'association et non des créanciers. Il ne pourra donc être question que d'une action indirecte correspondant à l'action en répétition qui dût appartenir à l'association. Cette action en répétition serait celle de la répétition de l'indû, puisqu'on tend à admettre que les destinataires sont de simples créanciers de l'association ayant droit à l'excédent de l'actif (Pl., § 52-2). Cette action serait encore dans le patrimoine de l'association, puisqu'il subsiste. Toute cette théorie implique, il est vrai, qu'il y ait eu erreur de la part des liquidateurs (art. 814). S'ils avaient eu conscience de l'irrégularité du procédé, la répétition ne serait plus admise. Il s'agirait alors de savoir si l'acte vaut à l'égard du tiers ainsi lésé, en tant que rentrant parmi les actes de liquidation; et la question se poserait sur le terrain de l'article 49. Si l'acte n'a pas été fait en violation de l'article 51, il résultera du système qui semble prévaloir sur l'article 49 que l'acte ne serait nul à l'égard des destinataires que si ces derniers ont eu connaissance de la fraude (voir la note sur l'article 49).

dommage qui en sera résulté; ils sont tenus comme débiteurs solidaires.

Art. 54. Relativement aux associations qui n'ont pas la capacité de jouissance des droits, reçoivent application les dispositions

---

Art. 54. Les associations qui, tout en étant licites au point de vue du droit public, sont dénuées de capacité sur le terrain du droit privé, sont traitées comme des sociétés. Cette assimilation de régime aboutira à faire aux associations dénuées de personnalité une situation très voisine de celle des associations personnes morales, puisque, en matière de sociétés, on a fini par substituer, en ce qui touche la conception du patrimoine social, à l'idée romaine de copropriété, l'idée germanique de propriété en main commune (cf. *Bull.*, 1899, 452, et *R. Dr. pu.*, XV, 429; cf., sur cette notion de la *Gesammte Hand*, la thèse de M. Masse, *Caractère juridique de la communauté entre époux*, Paris, 1902, chap. I). D'un autre côté, la plupart des dispositions du contrat de société, celles principalement qui se rattachent au caractère personnel des liens entre associés, loin d'être impératives, pourront être écartées par une clause des statuts. Enfin, le nouveau Code de procédure admet une sorte de demi-capacité judiciaire des associations de fait; elles ont capacité au point de vue passif, en matière de saisie et de poursuite; on peut saisir leur patrimoine comme s'il s'agissait du patrimoine d'une personne morale et on peut les poursuivre comme on ferait à l'égard d'une association personne morale. Cette capacité en matière d'exécution forcée, au moins au point de vue purement passif, a été étendue à la faillite; et le texte revisé de la *Konkurs Ordnung* (art. 213) admet que la faillite pourra être déclarée et ouverte à l'encontre d'une simple association de fait. Restera, il est vrai, comme différence fondamentale avec les personnes morales proprement dites, l'incapacité d'inscrire aux livres fonciers une acquisition d'immeuble au nom de l'association; quant aux autres différences qui peuvent subsister, elles n'ont plus qu'une importance secondaire (cf. *Bull.*, 1899, 459, et *R. Dr. pu.*, XV, 428 et suiv.; cf. Gierke, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, publié dans *Festgabe für H. Dernburg*, Berlin, 1900; Add. Maas, 1901, 16, et *Bind.*, p. 32). Reste cependant une question importante en matière de libéralités testamentaires, qui est celle de savoir quelle serait à cet égard la capacité d'une association de ce genre. La question ne se poserait pas s'il s'agissait de donation entre vifs, parce que la donation est un acte juridique de

admises en matière de société. A raison d'un acte juridique qui est accompli envers un tiers au nom d'une association de cette nature, l'auteur de l'acte est tenu personnellement; si l'acte est accompli par plusieurs, ceux-ci sont tenus comme débiteurs solidaires.

2. *Des associations inscrites.*

Art. 55. L'inscription au registre des associations d'une association de la catégorie décrite à l'article 21 doit être faite auprès du tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'association a son siège.

---

même nature que tout autre acte entre vifs et qui peut, à l'instar d'un contrat quelconque, être passé avec les représentants de l'association. La libéralité testamentaire s'adresse au contraire à une personne ayant, comme telle, la capacité juridique, et les associations de l'article 54 n'ont pas la personnalité juridique. Il semble bien qu'en pareil cas il faille distinguer si le testateur a voulu gratifier l'association, en tant qu'association, et en vue par conséquent de la personnalité juridique qui pourrait lui appartenir. Dans ce cas, il ne résulte pas, de ce qu'au décès du testateur l'association n'a pas la personnalité, que la libéralité soit nulle. Il suffira de lui appliquer l'article 2101 al. 2, s'il s'agit d'institution d'héritier et de traiter cette dernière comme une substitution fidéicommissaire au profit de l'association, sous la condition qu'elle acquière la capacité, au moins dans le délai de l'article 2109. Et si cette interprétation ne paraît pas répondre aux intentions du testateur, on pourra encore, conformément aux directions de l'article 2084, considérer la disposition testamentaire comme s'adressant aux associés, comme tels, sous la charge par eux de mettre leur part dans le patrimoine de l'association (cf. *Strok.*, 72).

Art. 55. On remarquera que la formule employée pour indiquer le ressort dans lequel doit être opérée l'inscription diffère intentionnellement de celles dont se servent les articles suivants pour les prescriptions qui s'y trouvent visées. Il a déjà été indiqué, en effet, en note sur l'article 36, que le mot *doit* employé seul n'avait plus aucune valeur technique relativement à la sanction attachée à l'obligation qu'il vise. Ce n'est certainement plus une question de nullité qui se trouve en cause; ce sera ordinairement une question de pure responsabilité.

Art 56. L'inscription ne doit (1) avoir lieu que si le nombre des membres de l'association est au moins de sept (2).

Art. 57. Les statuts doivent nécessairement (1) contenir le but, le nom et le siège de l'association et indiquer que l'association doit être inscrite.

Le nom doit (1) se distinguer nettement des noms des asso-

Art. 56. (1) Il fallait, dans l'article 56, comme dans la plupart des textes analogues, trouver un équivalent pour rendre l'expression *soll*, à laquelle on a entendu attacher une valeur technique, au moins négative, répondant à ce que nous appellerions une «disposition purement prohibitive» (cf. art. 60), simple condition de recevabilité, comme dit fort bien Meulenaëre sur l'article 56 (cf. Pl., I, p. 26). C'est ainsi qu'il est interdit de procéder à l'inscription dans les conditions visées par l'article 56. Mais, si cependant l'inscription a été faite contrairement aux prescriptions de l'article 56, l'enregistrement n'est pas nul et l'association acquiert la capacité juridique; cette nuance aurait pu être rendue par un adverbe destiné à qualifier le mot *doit*, telle que serait, par exemple, la formule *doit impérativement* opposée à la formule *doit nécessairement* employée pour traduire le verbe *müssen*. L'une impliquerait un ordre non suivi de sanction positive, et l'autre une nécessité légale. Mais comme, en définitive, la même expression *doit* se trouve correspondre à d'autres formules impliquant une simple éventualité, et que, d'autre part, le verbe *sollen* est lui-même quelquefois employé dans ce sens, il a paru plus simple de conserver ce même terme *doit*, employé seul, pour tous les cas n'impliquant aucune sanction sous forme de nullité.

(2) Quant à la limitation de nombre admise par l'article 56, elle vient de ce qu'une association réduite à un nombre infime perd en quelque sorte son caractère d'association. Mais, si c'est après coup que le nombre des associés tombe au-dessous de sept, il n'y a pas, par ce fait même, perte de la capacité, sauf s'il se réduisait à trois (art. 73). Et, quant à l'observation de la prescription de l'article 56, elle se trouve facilitée par ce fait que, pour l'enrichissement, il faut la signature d'au moins sept membres parmi les associés (art. 59).

Art. 57. (1) Les deux alinéas de l'article 57 fournissent un exemple de l'opposition de terminologie établie entre les expressions *muss* et *soll*. Dans le

ciations inscrites qui existent au même lieu ou dans la même commune (2).

Art. 58. Les statuts doivent (1) contenir des dispositions relatives (2) :

1° Aux conditions d'entrée ou de retrait des membres de l'association;

2° Au point de savoir si une contribution, et laquelle, devra être fournie par les membres de l'association;

3° A la formation de la direction;

4° Aux conditions préalables sous lesquelles doit être faite la convocation de l'assemblée générale des membres de l'association, à la forme de la convocation et au mode de constatation authentique des résolutions de l'assemblée.

---

premier, il s'agit d'une prescription imposée à peine de nullité (de là l'expression *doit nécessairement*); dans le second, d'une exigence dont on fait un devoir aux officiers judiciaires chargés de l'enregistrement, sans que la sanction, s'il y a été contrevenu, soit la nullité de l'inscription (cf. art. 56, note 1).

(2) On s'est demandé, lorsque l'inscription est irrégulière et l'attribution de capacité annulée de ce chef, si, à l'égard des tiers, il n'y aurait pas lieu de considérer l'association comme ayant joui de la personnalité, tant que l'inscription n'a pas été effacée sur le registre (Pl., § 57). La question reste soumise à controverse. Bien entendu, la disposition de l'article 57, comme celle de l'article 59, implique que les statuts soient rédigés par écrit. Mais la loi ne fait pas de la forme écrite une forme solennelle, telle que, si elle fait défaut, on puisse faire annuler de ce chef l'enregistrement, de même qu'il n'y aurait pas lieu à l'application des articles 125 et 126.

Art. 58. (1) Sur la valeur technique de cette expression, voir note sur article 56.

(2) Si l'inscription avait eu lieu sans que les statuts portassent aucune indication sur tous ces points, on appliquerait, pour ce qui est de la direction, les articles 26, 27 et 29, et, en ce qui concerne les convocations de l'assemblée, les articles 36 et 37. Pour ce qui est de la preuve des décisions prises par l'assemblée générale, il n'y aurait qu'à s'en référer aux principes du droit commun.

Art. 59. La direction est chargée de notifier l'association en vue de l'inscription.

Il y a lieu de joindre à la notification :

1° Les statuts en original et copie;

2° Une copie des titres relatifs à la constitution de la direction.

Les statuts doivent (1) être signés de sept membres au moins et contenir indication du jour de leur confection (2).

Art. 60. La notification, lorsqu'il n'a pas été satisfait aux exi-

---

Art. 59. (1) Cf. art. 56, à la note.

(2) Il est à remarquer que l'on n'exige pas dépôt ou communication de la liste des membres, bien qu'il puisse être intéressant pour l'administration de connaître dans quel milieu social ou dans quel parti politique se recrutent les premiers adhérents, ne serait-ce que pour mettre l'administration plus à même d'exercer les droits que lui confère l'article 61. Cette exigence cependant n'a pas été admise. Mais il faut noter cette réserve que l'article 72 permettra toujours à tout instant au tribunal chargé de l'enregistrement de se faire communiquer la liste des associés.

Art. 60. § I. On reconnaît généralement que l'article 60 n'a pas entendu donner une énumération limitative des causes pour lesquelles le tribunal pourrait être autorisé à rejeter la requête. Il a visé les prescriptions qui venaient d'être établies, en vue d'en indiquer la sanction, au moins la plus immédiate, la seule en tout cas qui pût s'appliquer aux dispositions qui ne seraient que des conditions de recevabilité (cf. notes sur art. 56 et 57). Mais il est admis que le tribunal pourrait en outre rejeter la demande en se fondant sur les règles du droit commun, et en particulier sur celles relatives au droit d'association, tel qu'il est fixé par la législation de chaque État en cette matière, et qu'il le pourrait également en se fondant sur les articles 134 et 138. Car le tribunal joue le rôle de juge et doit s'opposer à toute violation de la loi. Sans doute, il n'est pas seul juge de la question de savoir si l'association est licite, puisque l'administration a droit de faire opposition de ce chef (art. 61). Mais il s'en faut qu'on ait voulu réserver cette question de principe uniquement à l'administration, à l'exclusion des tribunaux de droit commun. Seulement, pour que le tribunal puisse s'opposer ainsi à l'inscription, il faut qu'il y ait une violation

gences des articles 56 à 59, doit être repoussée par le tribunal de bailliage avec indication des motifs.

Contre une résolution qui repousse la notification, un recours immédiat peut être formé conformément aux règles du Code de procédure civile.

Art. 61. Si la notification est admise, le tribunal de bailliage doit la communiquer (1) à l'autorité administrative compétente (2).

---

positive de la loi. Si donc l'association se trouvait dans des conditions telles que, selon le droit public de l'État, elle pût être interdite par l'administration sur sa libre appréciation, le tribunal ne pourrait pas, en exerçant ce droit d'appréciation, rejeter la requête qui lui est présentée. Bien entendu, au contraire, il devrait refuser l'enregistrement, s'il s'agissait d'association soumise au régime de la concession (art. 22), ou encore de société religieuse qui ne pût acquérir la personnalité que par une loi de l'État (art. 84, L. Intr.).

§ II. Les règles relatives au pourvoi immédiat dont parle le texte se trouvent au Code de procédure, art. 540 : l'article 60 y renvoie purement et simplement.

Art. 61. (1) Il va de soi que cette communication doit être immédiate, cette obligation de diligence rentrant parmi les devoirs professionnels de la fonction (Pl., § 61-1°). De même, l'obligation ainsi faite au tribunal rentre purement et simplement parmi les devoirs professionnels, sans que l'on ait entendu la faire suivre d'aucune sanction civile, telle que serait la nullité. C'est ce qu'indique le mot *doit*, employé seul (cf. art. 56, à la note).

(2) § I. L'article 61 est relatif au droit d'intervention laissé à l'administration. Il se traduit sous forme d'opposition à l'enregistrement, laquelle doit s'exercer dans le délai de l'article 63 ; et, d'autre part, cette opposition ne peut intervenir que sur un double fondement, donc pour une double catégorie de causes. En premier lieu, l'administration peut faire opposition en se fondant sur le droit commun administratif, c'est-à-dire, soit pour certaines causes spécifiées, conformément à une disposition légale de droit public, soit sans cause positive, à l'encontre de certaines associations à l'égard desquelles ce droit d'appréciation lui est réservé par les lois de l'État (cf. Ecx., 72). Les causes qui peuvent justifier le droit d'opposition de l'administration sont déterminées par le droit public de chaque État, lorsqu'il s'agit d'association qui, par son but,

L'autorité administrative peut élever opposition contre l'inscription, lorsque l'association, d'après les règles du droit public sur le droit d'association, est illicite ou peut être interdite, ou lorsqu'elle poursuit un but politique, social-politique ou religieux.

---

son caractère ou sa constitution, se trouve exister en violation d'une disposition légale de droit public. Mais l'administration n'a compétence qu'en matière de droit public; elle ne pourrait donc pas faire opposition pour violation d'une disposition de droit privé, comme seraient celles contenues dans les articles 56 et suivants. En outre, sur ce même terrain du droit public, on réserve le cas — et l'article 61 y fait une allusion expresse — dans lequel l'association, sans être dans des conditions où elle doive être prohibée, se trouve dans des conditions telles qu'elle puisse l'être; c'est ce qui se présenterait dans les États, comme l'Alsace-Lorraine, par exemple, où, d'après le droit public, l'administration garde une sorte de droit de *veto* arbitraire en ce qui concerne l'acquisition de la personnalité par rapport à toutes les associations. Et il faut reconnaître que le maintien de ces dispositions sur le terrain du droit public est de nature à restreindre singulièrement le principe de liberté établi par l'article 21 pour les associations à but idéal.

§ II. L'autre catégorie de causes susceptibles de légitimer le droit d'opposition se tire du caractère de l'association, alors même que l'association par son but ne présenterait rien d'illicite et que sa constitution serait parfaitement régulière. Cela revenait à dire que, à l'égard de certaines associations déterminées par leur caractère ou leur objet, l'administration a toujours le droit d'opposition, alors même que, d'après le droit public de l'État, elle ne pourrait pas, de ce seul chef, les dissoudre à son gré. Ce sont celles qui poursuivent un but politique ou religieux, et l'on a ajouté «un but de politique sociale». Il faut remarquer, pour ce qui est des caractères indiqués, qu'il ne suffirait pas que l'objet de l'association touchât à la politique ou à la religion, ou servît indirectement des intérêts de ce genre. Il faut que la politique ou la religion soit le but immédiat et direct poursuivi par l'association. Mais, si l'on peut arriver à s'entendre assez facilement sur la définition à donner du caractère politique et religieux, il n'en est pas de même de celle relative aux associations poursuivant un but de politique sociale. Suffira-t-il qu'une association s'occupe de questions sociales? Faut-il, en outre, qu'elle poursuive un but se traduisant par un résultat extérieur et par des moyens de caractère politique? La question est

Art. 62. Si l'autorité administrative élève opposition, le tribunal de bailliage doit communiquer l'opposition à la direction.

L'opposition peut être attaquée par voie d'annulation au moyen de la procédure contentieuse en matière administrative, ou, là où cette dernière n'existe pas, par voie d'appel, conformément aux articles 20, 21 de la loi organique sur l'industrie.

Art. 63. Tant que l'autorité administrative n'a pas avisé le tribunal de bailliage qu'aucune opposition ne serait élevée, il n'est permis de procéder à l'inscription que lorsqu'un délai de six semaines s'est écoulé depuis la communication faite à l'autorité administrative de la notification à fin d'inscription, et à condition qu'aucune opposition n'ait été formée, ou, dans le cas contraire, à condition que l'opposition formée ait été levée sous forme définitive.

---

importante en ce qui concerne les associations ouvrières. Si elles ont pour but l'amélioration du sort des travailleurs uniquement par l'action privée, telles que les associations en vue de l'amélioration des logements ouvriers, il est bien certain, d'après la seconde interprétation, que leur but n'aurait pas un caractère de politique sociale; tandis que, d'après la première, ce caractère devrait leur être attribué et elles tomberaient sous l'application de l'article 61. On voit à quels dangers et à quel arbitraire cette formule pourra prêter (cf. *R. Dr. pu.*, XV, 448 et suiv.).

Art. 62. Sur tous ces points, il y a lieu de s'en référer, pour les détails et formalités, aux législations d'États.

Art. 63. S'il s'est écoulé six semaines sans opposition, il y a, pour ce qui est de l'administration, déchéance du droit d'opposition ; et l'enregistrement peut avoir lieu valablement, quel que soit le caractère de l'association. Si, à l'inverse, il a été procédé à l'enregistrement avant expiration du délai, l'enregistrement n'est pas nul *ipso facto*, de nullité absolue, mais peut être attaqué d'après les principes généraux du droit commun. Cela résulte de la valeur technique attribuée à l'expression *darf nicht* «il n'est permis de», qu'emploie le texte (Pl., I, p. 25).

Art. 64. Lors de l'inscription il y a lieu de porter sur le registre des associations le nom et le siège de l'association, le jour de la confection des statuts, ainsi que l'indication des membres de la direction. Il y a lieu également de comprendre dans l'inscription les dispositions qui viendraient restreindre l'étendue du pouvoir de représentation de la direction ou qui établiraient, pour les résolutions à prendre par la direction, un mode de procédé dérogeant à la règle de l'article 28 al. 1.

Art. 65. A partir de l'inscription, le nom de l'association prend le sous-titre d'« Association inscrite ».

Art. 66. Le tribunal de bailliage a charge de rendre publique l'inscription par la voie du journal désigné pour recevoir ses publications.

L'original des statuts doit être revêtu de la relation de l'inscription et être restitué. La copie est certifiée par le tribunal de bailliage et conservée avec les autres pièces.

Art. 67. Toute modification de la direction ainsi que tout renouvellement de l'acte de constitution d'un de ses membres doivent être notifiés à fin d'inscription par la direction. A ces notifications doit être ajoutée une copie du titre relatif à la modification ou au renouvellement survenus.

Art. 64. Il s'agit, dans l'article 64, d'instructions données au tribunal chargé de l'enregistrement. Aussi ne faut-il pas en conclure que chacune de ces indications soit requise à peine de nullité. Il suffit, pour la validité de l'enregistrement, comme dit Planck (§ 64), que l'individualité de l'association soit suffisamment précisée.

Art. 66. Les documents dont il est question peuvent être très divers : requête présentée à fin d'enregistrement, copie des pièces relatives à la constitution de la direction (art. 59), communication adressée à l'autorité administrative (art. 61), et, au cas où il y aurait eu opposition, toutes les pièces qui s'y rapportent (art. 61-63).

L'inscription des membres de la direction constitués par justice se fait d'office.

Art. 68. Si un acte juridique est accompli entre les anciens membres de la direction et un tiers, toute modification qui serait

---

Art. 68. § I. L'article 68 traite de la force probante des mentions portées au registre des associations ; et l'intérêt de la question se présente pour le cas où les dispositions ayant fait l'objet des mentions initiales auraient été modifiées par décisions nouvelles des autorités compétentes. Par exemple, des changements peuvent intervenir parmi les membres de la direction ou encore relativement aux pouvoirs qui leur sont attribués. Si donc un tiers passe un acte avec un ancien membre de la direction qui n'ait plus de pouvoir à cet effet, l'acte sera-t-il valable à l'égard du tiers, du moment qu'il aurait dû l'être, à s'en tenir aux mentions initiales portées au registre, et qui, par hypothèse, n'ont pas été modifiées ? Sur ce point, l'article 68, en ce qui concerne le registre des associations, admet un simple système de présomptions, en ce sens que la force probante due à l'enregistrement peut être écartée dans deux cas. Tout d'abord, le tiers qui a traité conformément aux indications initiales, sans tenir compte de la rectification survenue mais non enregistrée, est présumé de bonne foi, ou plutôt est présumé n'avoir pas connu la modification survenue. Mais les intéressés ont le droit de faire la preuve contraire ; et, à l'inverse, au cas de changement enregistré, les tiers, qui, malgré la mention qui s'y réfère, ont traité conformément aux indications initiales, ont encore le droit d'établir leur bonne foi, ou plutôt, cette fois, leur bonne foi excusable : ils peuvent faire la preuve qu'ils ignoraient la rectification portée au registre et que cette ignorance n'était due à aucune négligence de leur part. Cela revient à dire qu'en principe on fait prévaloir la situation vraie sur la situation apparente, telle qu'elle résulte de l'enregistrement, sauf le cas de bonne foi au profit des tiers. Cette bonne foi est présumée lorsque le tiers a traité conformément aux indications actuelles du registre, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu changement non enregistré. Et, dans ce cas, on ne peut prouver contre lui que sa mauvaise foi, consistant dans le fait d'avoir connu la modification survenue. Mais, s'il l'a ignorée, on ne peut prouver sa faute et le rendre responsable de ne l'avoir pas connue, même s'il y a négligence de sa part. Au contraire, s'il y a eu modification enregistrée, le tiers est présumé l'avoir connue, et c'est à lui à faire la preuve de sa bonne foi ; mais alors, dans ce cas, la bonne foi n'est plus

survenue dans la direction ne peut être opposée au tiers que si, lors de l'accomplissement de l'acte, elle était inscrite au registre des associations ou qu'elle ait été connue du tiers. Si la modifica-

---

suffisante, il faut qu'il y ait absence de faute, donc ignorance non imputable à négligence.

§ II. Le système ainsi admis en ce qui touche la force probante des mentions portées au registre a été emprunté à la loi des sociétés du 1er mai 1889, § 29; c'est celui également de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée du 20 avril 1892, § 40. Et il ne diffère que par les détails de celui du Code de commerce, en ce qui touche le registre du commerce (art. 15 C. Ce all. et commentaire de Staub sur cet article 15). On ne saurait, en effet, voir une différence sérieuse entre les deux textes dans ce fait que le tiers, pour écarter une mention inscrite, doive faire la preuve qu'il n'a pas commis de négligence en ignorant l'état de fait qu'on lui oppose, tandis que, d'après le Code de commerce, il devrait prouver qu'il n'a pas connu et n'a pas dû connaître l'état de fait inscrit au registre. Il s'agit du *kennen müssen*, dont il sera question à l'article 122. En réalité, cela revient dans les deux cas à prouver l'absence de négligence. Toute la question serait de savoir si la mesure de la négligence est la même dans les deux cas et si, par cette diversité d'expressions, on a entendu considérer le devoir de diligence des tiers comme étant plus ou moins strict suivant qu'il s'agit d'un cas ou de l'autre (cf. *Pr.*, I, p. 569). D'ailleurs, comme le fait dont il est question est supposé avoir été inscrit, il semble qu'il y aura toujours négligence à n'avoir pas consulté le registre. Même au cas d'impossibilité personnelle de la part du tiers, empêché par exemple par la maladie ou autrement, il y a encore imprudence à avoir contracté sans avoir pu consulter le registre. Sinon, il faudrait donc supposer une inscription opérée entre la consultation du registre et la conclusion de l'acte. Même ainsi compris, le système de l'article 68 est loin d'équivaloir au système de légitimité admis en ce qui touche la force probante des livres fonciers, lequel est un système constitutif des droits plus encore que probatoire. Mais, même par rapport au système du Code de commerce, on peut constater cette différence que la présomption résultant du registre ne s'applique pas à toutes les mentions, mais ne constitue qu'un système d'exception, et par suite de faveur, relativement à certaines mentions seulement, celles indiquées à l'article 68, auxquelles il faut joindre (art. 70) certains autres faits, ceux prévus à l'article 26 et à l'article 33. Que l'on suppose, par exemple, que l'on ait enregistré par erreur

tion a été inscrite, le tiers n'est pas tenu d'accepter qu'elle ait effet à son égard, s'il n'en avait pas connaissance et sous la condition que son ignorance ne soit pas imputable à négligence.

Art. 69. La preuve que la direction se compose des personnes inscrites au registre résultera, à l'égard des autorités, d'une attestation du tribunal de bailliage relativement à l'inscription.

---

une association qui ne dût pas être inscrite, une association à but économique; on aurait pu croire qu'elle dût être présumée à l'égard des tiers avoir la capacité juridique, sauf les différentes preuves permises par l'article 68. On avait proposé un amendement dans ce sens, il a été rejeté (*Pr.*, I, p. 566). Malgré la bonne foi des tiers, les actes passés avec une association de ce genre auront le sort des actes passés avec une association dénuée de personnalité. De même, si on a inscrit comme membre de la direction quelqu'un qui n'a jamais eu cette qualité. Ce cas n'est pas prévu par l'article 68, qui ne vise que l'hypothèse où un ancien membre a été remplacé. Il faut adjoindre aux hypothèses prévues par le texte toutes les modifications aux pouvoirs des membres de la direction (art. 26), ou encore aux conditions de validité des décisions de l'association (art. 33). Ces exceptions à part, on rentre dans la règle que l'état de choses réel l'emporte sur l'état apparent résultant de l'inscription. C'est dans ce sens qu'il faudra corriger ce qui est dit sur l'article 68 dans *Rev. Dr. pu.*, XV, 456 (cf. surtout Eck, § 19, et, pour la preuve résultant du registre du commerce, Bourgoing, *le Registre du commerce*, thèse, Paris, 1903. p. 86 et suiv.). Il suffit, en effet, pour marquer la différence exacte avec le système des registres du commerce, de comparer l'article 5 C. C^es^, sur la présomption absolue relative à la Firme inscrite à tort, avec le rejet de l'amendement qui avait été présenté relativement à l'admission d'un système analogue pour l'association irrégulièrement enregistrée.

Art. 69. Il résulte de l'article 68 que le registre n'est pas constitutif des pouvoirs appartenant aux gérants; il n'établit à cet égard qu'un système de présomptions pour ou contre les tiers. Il ne constitue pas, comme en matière de registres fonciers, un système de légitimation proprement dite. Les véritables gérants ne sont pas ceux mentionnés aux registres, mais ceux régulièrement nommés par l'assemblée. Il en résulte que les intéressés auraient toujours dû avoir le droit de contester les indications portées au registre. Un extrait de l'in-

Art. 70. Les règles de l'article 68 s'appliquent également aux dispositions qui viendraient restreindre l'étendue du pouvoir de représentation de la direction ou qui établiraient, pour les résolutions à prendre par la direction, un mode de procédé dérogeant à la règle de l'article 28 al. 1.

Art. 71. Toute modification aux statuts exige pour son efficacité l'inscription au registre des associations. La modification doit être notifiée par la direction à fin d'inscription. A cette notification doit être jointe en original et en copie la résolution ayant pour objet cette modification.

---

scription, même certifié conforme par le tribunal, ne suffit pas à faire foi vis-à-vis des intéressés. Ceux-ci peuvent toujours en contester, sinon la conformité avec l'original, mais la conformité avec la situation réelle, sauf obligation pour eux de faire la preuve de leurs obligations. Il en est ainsi à l'égard des tiers. Mais, pour faciliter les rapports de l'association avec l'autorité administrative, l'article 69 admet que, à l'égard de cette dernière, l'extrait du registre, certifié conforme, fait preuve complète. L'administration n'a pas à rechercher si les membres indiqués au registre sont encore ou non les membres actuellement en fonction. Vis-à-vis d'elle, les membres inscrits sont les seuls qui aient pouvoir pour traiter avec elle. La preuve absolue est faite par le registre.

Art. 71. L'article 71 traite, non plus des questions de preuve, mais des questions de validité, ou plus exactement d'efficacité, relativement aux changements survenus; et, à côté des conditions de fond, dont il est question aux articles 32 et suiv., l'article 71 établit une condition de forme, qui est l'enregistrement. Il faut donc compléter l'article 68, en faisant observer que, dans la mesure où il admet qu'une modification même non enregistrée puisse être opposable aux tiers, il suppose que cette dernière ne serait pas nulle faute d'enregistrement, donc qu'elle ait été enregistrée après coup. Cette prescription, d'ailleurs, ne vise que les modifications apportées à celles des dispositions statutaires figurant à l'inscription. On appliquera à l'inscription des changements survenus les dispositions des articles 60 à 64 et celles de l'article 66 al. 2; et par suite se trouve réservé le droit d'opposition de l'administration, conformément à l'article 61.

Reçoivent application correspondante les règles des articles 60 à 64 et de l'article 66 al. 2.

Art. 72. La direction doit, à toute époque, fournir au tribunal de bailliage, sur sa demande, une liste des membres de l'association.

Art. 73. Lorsque le nombre des membres de l'association descend au-dessous de trois, le tribunal de bailliage a charge, sur requête de la direction, et d'office, après avoir entendu la direction, si la requête n'a pas été présentée dans les trois mois, de retirer la capacité de jouissance des droits à l'association. Cette résolution doit être signifiée à l'association. Contre cette résolution, un recours immédiat peut être formé conformément aux règles du Code de procédure civile.

L'association perd la capacité de jouissance des droits à partir du moment où la résolution a force de chose jugée.

Art. 74. La dissolution de l'association, de même que le retrait de la capacité, doivent être inscrits au registre des associations. Il n'y a pas lieu à cette inscription au cas d'ouverture de la faillite.

Si l'association est dissoute par résolution de l'assemblée des

---

Art. 73. L'article 73 fixe à trois le nombre minimum des membres indispensables au maintien de la personnalité. Toutefois, si le nombre des associés devient inférieur à trois, la perte de la personnalité ne se produit pas de plein droit. Elle doit être prononcée par justice; mais elle doit l'être forcément. Cependant, si dans l'intervalle le nombre des membres était devenu à nouveau égal ou supérieur à trois, le retrait de capacité ne devrait plus être prononcé.

Art. 74. La perte de la personnalité ne résulte pas de l'enregistrement; elle doit se placer au moment même où se produit la dissolution ou le retrait de capacité. Il ne s'agit donc ici que d'une mesure de publicité. Toutefois, au cas de faillite, la déclaration de faillite est bien enregistrée (art. 75); mais il n'y a plus lieu d'inscrire la perte de capacité qui en est la conséquence. C'est que cette dernière n'est pas encore définitive, puisque, s'il y a mainlevée de la faillite, la perte de capacité sera considérée comme non avenue (*Konk. Ordn.*, art. 105).

membres de l'association ou par expiration du temps fixé pour la durée de l'association, la direction a charge de notifier la dissolution à fin d'inscription. Dans le premier cas, il y a lieu de joindre à la notification une copie de la résolution prononçant la dissolution.

Si le retrait de capacité est prononcé sur le fondement de l'article 43 ou que la dissolution ait lieu en vertu des règles du droit public en matière d'association, l'inscription est faite sur avis de l'autorité compétente.

Art. 75. L'ouverture de la faillite est inscrite d'office. Il en est de même de la mainlevée de la résolution qui a prononcé la faillite.

Art. 76. Les noms des liquidateurs doivent être inscrits au registre des associations. Il en sera de même des dispositions qui établiraient, pour les résolutions à prendre par les liquidateurs, un mode de procédé dérogeant à la règle de l'article 48 al. 3.

La notification incombe à la direction et, pour les modifications ultérieures, aux liquidateurs. Lorsque les liquidateurs sont constitués par résolution de l'assemblée des membres de l'association, à la notification qui les concerne, il y a lieu de joindre une copie de cette résolution, et, lorsqu'il s'agit d'une disposition relative au procédé de résolutions des liquidateurs, à la notification qui s'y réfère, une copie des titres spécifiant cette disposition.

L'inscription de liquidateurs constitués par justice se fait d'office.

Art. 77. Les notifications à faire au registre des associations doivent être effectuées, qu'elles émanent des membres de la direction ou des liquidateurs, par voie de déclaration certifiée sous forme de légalisation publique.

Art. 76. Il n'y a aucun doute qu'il faille appliquer aux changements dont il est ici question les dispositions des articles 68 à 70.

Art. 77. Pour ce qui est des conditions de la légalisation, voir art. 129.

Art 78. Le tribunal de bailliage peut, au moyen de peines disciplinaires, assurer, à l'encontre des membres de la direction, l'observation des règles de l'article 67 al. 1, de l'article 71 al. 1, de l'article 72, de l'article 74 al. 2 et de l'article 76. Il n'est pas permis, pour une peine prise individuellement, de fixer une somme supérieure à trois cents marks.

Les mêmes sanctions peuvent être établies à l'encontre des liquidateurs en vue de l'observation des règles de l'article 76.

Art. 79. Chacun est autorisé à consulter le registre des associations ainsi que les pièces remises par l'association au tribunal de bailliage. Copie des inscriptions peut être exigée; cette copie doit être certifiée sur demande.

II. Des fondations.

Art. 80. Pour donner naissance à une fondation douée de capacité de jouissance des droits, est exigée, en dehors de l'acte de

---

Art. 80. § I. La doctrine distinguait généralement les fondations des établissements proprement dits. Ces derniers impliquent non seulement la constitution d'un patrimoine affecté à un but permanent, mais en outre une certaine organisation matérielle et administrative rendue nécessaire par le but à remplir, tandis que la fondation aurait pu ne consister que dans une affectation de patrimoine avec gérance organisée. Mais le Code civil a entendu comprendre sous le nom de «fondations» les fondations proprement dites et les établissements, sans s'attacher aux différences que, de divers côtés, dans la doctrine, on avait cherché à établir entre ces deux catégories. Seulement, les dispositions qu'il édicte en cette matière ne visent que les fondations ayant la capacité juridique. Il n'est pas douteux cependant qu'on pourrait constituer de véritables fondations qui n'aient pas, par elles-mêmes, la personnalité civile, en employant par exemple le procédé, qui reste celui du droit commun en droit français, du legs, ou de la donation, avec charge; et, dans ce cas, la fondation pourrait être faite au profit d'une personne morale déjà existante (cf. art. 525 et suiv., art. 2192 et

fondation, l'approbation de celui des États confédérés dans le territoire duquel la fondation doit avoir son siège. Si la fondation ne doit avoir son siège dans aucun des États, l'approbation du Bundesrath est exigée. Est réputé siège de la fondation, à moins qu'il en ait été disposé autrement, le lieu où l'administration en est exercée.

---

suiv.). Une fondation de ce genre ne constituerait pas une personne juridique indépendante et les dispositions du Code civil sur les fondations ne s'y appliqueraient pas. Mais on pourrait aussi, tout en utilisant ce même procédé d'une libéralité au profit d'une personne morale déjà existante, vouloir que la fondation eût une capacité et une existence indépendantes; cette fois, les articles 80 et suivants trouveraient leur application. Toutefois on devrait considérer, dans ce cas, que la fondation devrait être administrée par les mêmes gérants que la personne morale à laquelle elle s'adresse. Il faut remarquer enfin que, pour qu'il y ait fondation proprement dite, il faut supposer un but permanent. S'il s'agissait de souscription en vue d'un but temporaire, comme celui d'une fête à organiser, la notion de fondation se trouverait faire défaut et les articles 80 et suivants ne s'appliqueraient plus (cf. art. 1914).

§ II. L'article 80 distingue très nettement l'acte de fondation, en tant qu'acte juridique, de l'autorisation administrative, destinée à faire de la fondation une personne juridique. D'autre part, cette autorisation est exigée d'une façon absolue, sans que l'on distingue, comme en matière d'association, d'après le caractère ou le but de la fondation. On considéra qu'il ne s'agissait plus, en pareille matière, d'une manifestation pure et simple de la liberté individuelle, mais qu'il s'agissait de donner efficacité à perpétuité à une volonté disparue avec le décès de celui de qui elle émanait, et que par suite l'intérêt public se trouvait engagé. Il fallait, en outre, que l'autorité publique intervînt pour apprécier si le but était de nature à justifier la fondation. Aussi, au lieu de se contenter de l'enregistrement au registre des associations, comme on l'avait proposé au Reichstag (*Ber.*, 18), on exigea une véritable approbation émanant de l'État intéressé, approbation qui, d'après le terme technique employé au texte, doit intervenir après l'acte de fondation proprement dit (sur tous ces points et pour les références et citations, voir *R. Dr. pu.*, XVI, 212 et suiv.).

Art. 81. L'acte de fondation entre vifs exige la forme écrite.

Jusqu'à ce que l'approbation ait été accordée, le fondateur a le droit de révocation. Une fois l'approbation demandée auprès de

---

Art. 81. § I. L'article 81 vise l'acte de fondation, en tant qu'il s'agit de l'acte privé, consistant dans la déclaration de volonté du fondateur. Cet acte a le caractère d'une déclaration unilatérale de volonté, prise comme un élément destiné à la création de la fondation. Il ne s'agit pas encore de savoir si cet acte unilatéral engage le fondateur; mais, en ce qui concerne les conditions exigées pour qu'il y ait attribution de la capacité civile, il suffit d'une déclaration unilatérale de volonté, sans que cette déclaration ait le caractère d'une offre de contrat adressée à l'autorité publique dont on requiert l'approbation (cf. sur cette dernière conception, désignée sous le nom de «théorie contractuelle», art. 130, note § I). Cette déclaration est non seulement unilatérale, mais impersonnelle, en ce sens qu'elle ne s'adresse pas directement à l'État intéressé. Y a-t-il lieu à un acte nouveau, sous forme de requête à fin d'approbation, pour saisir l'État de la demande d'autorisation? Sur ce point, on incline à croire que l'État ne pourrait donner son approbation tant que cette requête ne lui aurait pas été adressée par le fondateur; car, sans cela, il pourrait rendre l'acte de fondation irrévocable à l'insu du fondateur (Pl., § 81-6). Si, contrairement au caractère admis de droit commun en ce qui concerne l'acte de fondation, celui-ci se présentait sous la forme d'une offre de contrat, adressée par exemple à une personne morale déjà existante, on considère, vu les termes impératifs de l'article 81, que ce caractère contractuel de l'acte ne suffirait pas à lier le fondateur, de façon à rendre la fondation d'ores et déjà irrévocable; seulement, au cas de révocabilité dans les termes de l'article 81, il pourrait y avoir lieu à dommages-intérêts. Resterait à se demander si cet acte de fondation est l'acte qui confère la capacité civile, sauf ratification de la part de l'État, ou si la personnalité résulte de la concession administrative, comme au cas d'association. Mais il a été entendu que ce point resterait à trancher par la doctrine; et, pour ne rien préjuger, on a parlé d'approbation de la part de l'État, et non de concession.

§ II. Quant à la forme de l'acte, on se contente d'un acte écrit (cf. art. 126), sans exiger qu'il soit notarié ou judiciaire. Et le texte ne dit rien des éléments de fond exigés pour la validité de la fondation. On paraît unanime à exiger qu'il y ait désignation du but et création d'un organisme en vue de la gestion de la fondation. Bien entendu, l'acte de fondation implique qu'il y ait un

l'autorité compétente, la révocation ne peut être déclarée que vis-à-vis de cette dernière. L'héritier du fondateur n'a pas droit à la révocation, si le fondateur avait présenté sa demande auprès de l'autorité compétente, ou si, l'acte de fondation ayant reçu constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée, la justice ou le notaire, au moment de la constatation authentique de l'acte ou après, ont été chargés de cette présentation.

Art. 82. Une fois la fondation approuvée, le fondateur est

---

patrimoine affecté à cette dernière; mais il y a doute sur le point de savoir si l'affectation de ce patrimoine doit être comprise dans l'acte de fondation, dont elle soit un des éléments essentiels, ou si elle constitue un acte distinct et indépendant. Planck paraît incliner à les confondre et ne faire de ces deux éléments, constitution de la fondation et affectation des biens à la fondation, qu'un acte unique, qui est l'acte de la fondation.

§ III. L'acte de fondation ayant le caractère d'un acte unilatéral, on a cru plus conforme aux principes de le considérer comme révocable, tant que l'approbation administrative ne serait pas intervenue. Si le fondateur vient à décéder avant que cette dernière ait été accordée, ses héritiers gardent le droit de révoquer, à moins que le fondateur ait déjà présenté sa requête à fin d'autorisation. Si cette autorisation est refusée, l'acte de fondation subsiste, sa validité ou son maintien n'étant pas subordonnés à l'autorisation de l'État. L'acte subsiste en tant que déclaration de volonté du fondateur, mais la fondation n'est pas créée (cf. note sur art. 84, § II).

Art. 82. § I. En dehors de l'affectation du patrimoine destiné à la fondation (cf. sur art. 81, § II), affectation qui fait partie du contenu de l'acte de fondation, il y a lieu à la réalisation de cette affectation patrimoniale, c'est-à-dire à un acte de disposition par lequel le fondateur, après avoir indiqué en quoi consisterait le patrimoine de la fondation, entend s'engager lui-même à le lui transmettre. Cet acte de disposition s'analyse en deux éléments, le premier comprenant l'engagement du fondateur et le second la transmission des biens. L'engagement, c'est-à-dire le lien obligatoire à la charge du fondateur, se trouve exister dès que la fondation existe juridiquement à titre de personne morale. Comme il dérive de l'acte de fondation, acte unilatéral, il est donc vrai de dire que l'obligation ainsi constituée à la

obligé de réaliser le transfert, au profit de la fondation, du patrimoine assuré à cette dernière dans l'acte de fondation. Les droits dont le contrat de cession suffit à opérer le transfert passent à la fondation par le seul fait de l'approbation, en tant que de l'acte de fondation ne résulte pas une intention différente de la part du fondateur.

Art. 83. Lorsque l'acte de fondation consiste en une disposition

---

charge du fondateur naît d'une déclaration unilatérale de volonté; et, d'autre part, cette obligation a le caractère d'une promesse abstraite, indépendante de sa cause. Il ne s'agit pas là, d'ailleurs, d'une obligation conditionnelle dont il faille reporter la naissance à l'acte de fondation lui-même, de telle sorte que l'octroi de l'autorisation fût considéré comme la réalisation de la condition à laquelle l'engagement du fondateur fût subordonné. Cette conception, avec les conséquences qui en découleraient, serait en contradiction avec le droit de révocation du fondateur.

§ II. Quant à la réalisation de cet engagement ainsi assumé par le fondateur, c'est-à-dire à la transmission des biens affectés à la fondation, il faut distinguer. Tous les droits qui peuvent se transmettre par simple convention, les créances par exemple, se trouveront acquis à la fondation dès que celle-ci sera érigée en personne juridique; l'acte de transmission se confond donc avec l'acte d'obligation qui s'y référait. Il y aura là, par suite, en ce qui concerne les créances par exemple, un mode de transmission qui reposera sur un acte purement unilatéral, au lieu de se réaliser par contrat. D'autre part, cette acquisition n'a lieu qu'à la date de l'approbation sans autre rétroactivité; ce qui prouve bien qu'en principe, et sauf l'exception de l'art. 84, l'approbation n'a pas effet rétroactif. Mais, pour les droits dont l'acquisition serait soumise à des solennités de forme ou de publicité pour la garantie des tiers, ils ne passeront à la fondation que par l'accomplissement des modes de transfert qui leur sont spéciaux. Le texte d'ailleurs ne dit rien de l'obligation de garantie qui pourrait incomber au fondateur : on a entendu, sous ce rapport, s'en référer aux principes du droit commun.

Art. 83. Conformément aux traditions antérieures, le Code civil admet que la fondation puisse se faire par une disposition à cause de mort. Mais la conception juridique à admettre en pareil cas est restée indécise. Doit-on

à cause de mort, le tribunal de la succession a charge de faire les démarches nécessaires en vue de l'approbation, en tant que cette

---

voir dans la fondation testamentaire deux actes distincts, l'un créant la fondation et l'autre lui attribuant le legs ou l'hérédité, ou bien doit-on admettre qu'il y ait un acte unique, par lequel le patrimoine, pour le cas de décès, se trouverait érigé en un patrimoine de fondation? C'est une question laissée aux investigations de la doctrine et qui se confond d'ailleurs, ou à peu près, avec la question générale, indiquée en note sous l'article 81, visant le point de savoir si l'acte de constitution de la fondation et l'acte d'affectation patrimoniale qui s'y réfère s'analysent en deux actes distincts ou s'ils n'en font qu'un. Cet acte de disposition à cause de mort peut donc être un testament portant au profit de la fondation un legs ou une institution d'héritier, ou ce peut être un contrat d'hérédité (art. 2274 et suiv.); et, dans ce dernier cas, il ne s'agit pas seulement d'une disposition de dernière volonté de caractère unilatéral insérée dans un contrat d'hérédité et prise sous la forme contractuelle, sans avoir le caractère contractuel proprement dit. Car ce dernier point ne saurait faire de doute. L'article 2299 permet d'insérer dans un contrat d'hérédité, à côté des dispositions contractuelles, de véritables dispositions unilatérales quelconques, telles qu'elles pourraient être prises par testament. Il faut aller plus loin et admettre que, par contrat d'hérédité, on peut faire une fondation par disposition à cause de mort, qui ait, au fond comme dans la forme, le caractère contractuel. La fondation est constituée par le contrat d'hérédité lui-même, sans qu'il y ait à objecter ici l'article 2278 (cf. Pl., § 83-1), qui ne permet sous cette forme, et avec le caractère contractuel, que les institutions d'héritier, les legs et les charges. Si l'on admet que l'acte qui crée la fondation et celui qui lui attribue la succession ou une part de la succession ne constituent qu'un seul et même acte, la création de la fondation se trouve impliquée dans l'institution d'héritier elle-même, laquelle est valable sous forme contractuelle et avec le caractère contractuel, d'après l'article 2278. On a fait observer, en outre, que l'article 83 se sert du terme très général de disposition à cause de mort, et non de l'expression plus spécialisée de disposition de dernière volonté, laquelle ne vise guère que le testament. De cette façon on devra admettre, ce qui est très pratique, que le fondateur faisant un contrat d'hérédité avec son futur héritier institue pour une part, ou à titre de légataire, une fondation, qu'il érige par le fait même; et cet acte de fondation, ainsi contenu dans un contrat d'hérédité, ce

dernière n'est pas demandée par l'héritier ou l'exécuteur testamentaire.

Art. 84. Lorsque la fondation n'est approuvée qu'après la mort

---

qui, dans tous les cas, est toujours possible, on l'a vu, en vertu de l'article 2299, engage contractuellement et irrévocablement le fondateur en vertu de l'article 2278. Il faudrait même aller plus loin et admettre, si l'héritier ne veut pas se prêter à ce rôle, que le fondateur faisant un contrat d'hérédité avec un tiers quelconque, qui ne reçoive de lui ni legs ni institution d'héritier, pourra par ce contrat constituer une fondation qu'il instituerait son héritier. Il est, en effet, parfaitement admis (art. 1941 al. 2) qu'un contrat d'hérédité peut contenir purement et simplement une disposition au profit d'un tiers (cf. Hellwig, *Verträge auf Leistung an Dritte*, p. 608 et suiv.).

Art. 84. § I. L'article 84 consacre, sur un point particulier et avec des effets restreints, un principe de rétroactivité qui s'applique aux fondations testamentaires et à celles qui sont faites par actes entre vifs. Pour ce qui est des premières, il signifie que, par rapport à l'institution d'héritier ou au legs fait par le fondateur au profit de la fondation, celle-ci, bien que non encore autorisée au décès, sera considérée, une fois l'autorisation obtenue, comme existant déjà à l'époque du décès. Donc, s'il s'agit d'institution d'héritier, il n'y aura pas lieu de traiter la fondation comme un héritier substitué, comme l'eût exigé l'article 2101. Et ce point est très important; car, là où la fondation est traitée comme un arrière-héritier, les héritiers légitimes sont appelés intérimairement jusqu'à ce que la fondation prenne naissance (art. 2101, 2105, 2106). C'est ce qui arriverait, par exemple, si le testateur avait institué une fondation érigée par un tiers et non encore approuvée au jour du décès du testateur. On appliquerait dans ce cas le droit commun de l'article 2101 (cf. note sur art. 2101). Au contraire, pour les dispositions faites par le fondateur lui-même pour la fondation qu'il a érigée, si l'approbation n'intervient qu'après le décès, il y a rétroactivité. Donc il n'y aura pas double institution. Les héritiers légitimes ne seront pas appelés; sauf au tribunal, en attendant la décision administrative, à prendre les mesures nécessaires conformément à l'article 1960. De cette façon, les revenus de la succession perçus intérimairement devront être réservés à la fondation, au lieu d'appartenir aux héritiers. S'il s'agit de legs, la dévolution, contrairement à ce qu'eût exigé l'article 2178, se placera au décès. Pour ce qui

du fondateur, elle est réputée, par rapport aux dispositions du fondateur, avoir existé dès avant le décès.

---

concerne la fondation par acte entre vifs, on a voulu prévoir le cas où le fondateur, avant que l'autorisation soit intervenue, fait au profit de la future fondation une ou plusieurs dispositions à cause de mort. Si donc la succession vient à s'ouvrir avant qu'il y ait approbation de la part de l'administration, on appliquera à ces dispositions testamentaires toutes les solutions prévues pour l'hypothèse qui précède. Enfin il y aura lieu d'admettre le même principe de rétroactivité pour les attributions patrimoniales contenues dans l'acte même de fondation. Si l'on eût appliqué le droit commun, il eût fallu considérer dans ce cas, par rapport aux héritiers, les droits dévolus à la fondation comme étant conditionnels; et, d'autre part, le transfert à la fondation des biens qui lui sont affectés, même s'il s'agit de droits transmissibles par simple convention, ne se fût réalisé, d'après l'article 82, qu'à la date de l'autorisation intervenue. D'après l'article 84, l'obligation des héritiers à l'égard de la fondation sera censée rétroactivement comme ayant été pure et simple du jour du décès, et les droits qui auraient dû n'être acquis qu'au moment où fût intervenue l'autorisation administrative lui auront été acquis du jour du décès. De cette façon, d'après l'article 84, le caractère de l'obligation dérivant de l'acte de fondation et la date de transmission des droits qu'elle vise, ou du moins de ceux qui sont transmissibles par simple convention, se trouvent modifiés suivant qu'il s'agit du fondateur ou de ses héritiers. En tout cas, cette fiction de rétroactivité ne s'applique qu'à l'égard des attributions faites par le fondateur et non aux libéralités provenant d'un tiers.

§ II. Il faut noter enfin que, s'il s'agit de fondation testamentaire, contrairement à ce qui se passerait pour la fondation par acte entre vifs (cf. sur 81, § III), le refus d'autorisation annulerait l'acte de fondation (*M.*, I, 123). En matière de testament en effet, il est vrai de dire que, lorsque l'efficacité de l'acte est subordonnée à la réalisation d'un événement ultérieur, la défaillance de cette condition annule l'acte tout entier; car, le testateur n'étant plus là pour renouveler sa volonté, il est inadmissible qu'il ait entendu maintenir ses dispositions en quelque sorte à perpétuité, en vue des chances qui pourraient se produire de les voir devenir efficaces ultérieurement (cf. *R. Dr. pu.*, XVI, 235).

Art. 85. La constitution statutaire d'une fondation, en tant qu'elle ne résulte pas de lois d'Empire ou de lois d'États, est établie par l'acte de fondation.

Art. 86. Il y a lieu de faire aux fondations application cor-

---

Art. 85. L'organisation constitutionnelle, ou, si l'on préfère, le statut des fondations, est matière de droit public; aussi a-t-on entendu maintenir toutes les législations d'États à ce sujet. Il peut donc se faire que, d'après la loi de l'État, il existe des dispositions impératives auxquelles la volonté privée du fondateur ne puisse pas déroger. Sauf cette réserve, c'est l'acte de fondation qui sert de statut à la fondation.

Art. 86. § I. L'article 86 applique aux fondations différentes règles relatives à la gestion de la fondation et empruntées aux dispositions correspondantes admises en matière d'associations. La première est celle relative à l'obligation d'avoir une direction; et, s'il s'agissait d'une fondation dont l'administration fût confiée à une personne morale du droit public, la direction de cette dernière servirait de direction à la fondation. Il va de soi aussi que, dans ce dernier cas, si les lois administratives de l'État admettaient à l'égard des tiers des restrictions aux pouvoirs de la gérance de l'administration publique chargée de la fondation, les mêmes restrictions, par voie d'interprétration, s'appliqueraient en ce qui concerne la gérance de la fondation (cf. art. 26). Même observation pour ce qui est de l'application, en vertu de l'article 27, des articles 664 à 670 : ce sont là des règles de nature purement dispositive, et non impérative; du reste, pour ce qui est de l'application de l'article 27, l'article 26 prévoit expressément cette réserve d'interprétation par rapport aux fondations confiées à une administration publique. Et il en est de même pour ce qui est de l'application de l'article 28 al. 1 : il s'agit de l'application du principe majoritaire en matière de décisions. Si donc l'administration chargée de la fondation fût régie par le principe de la décision collective, ce seul fait pourrait paraître suffisant, grâce aux mêmes règles d'interprétation, pour appliquer un principe identique à la fondation.

§ II. Pour les dispositions, au contraire, des articles 28 al. 2 et 29, et en ce qui concerne les fondations qui sont confiées à une administration publique, on ne se contente plus de la possibilité d'une exception admissible par voie d'interprétation seulement : on impose une exception forcée. L'article 28 al. 2

respondante des dispositions de l'article 26, de l'article 27 al. 3, et des articles 28 à 31, 42 ; mais il n'en est ainsi des dispositions de l'article 27 al. 3 et de l'article 28 al. 1er que dans la mesure seulement où, de la constitution statutaire de la fondation, et en particulier de ce fait que l'administration de cette dernière serait exercée par une autorité publique, ne résulte pas une solution différente. Les dispositions de l'article 28 al. 2 et celles de l'article 29 ne s'appliquent pas aux fondations dont l'administration est exercée par une autorité publique.

Art. 87. Lorsque l'accomplissement du but de la fondation est

---

portait, en effet, qu'en matière de déclaration à adresser à la direction il suffisait qu'elle fût adressée à l'un des membres quelconques, ce qui pouvait avoir des inconvénients en matière d'administration publique, lorsqu'il y a un Conseil de direction fort nombreux, par exemple s'il s'agit d'une commune; on écarte donc complètement la disposition de l'article 28 al. 2, pour s'en remettre à l'application pure et simple des lois administratives spéciales. A plus forte raison devait-il en être ainsi de l'article 29, qui donne au tribunal le droit de nomination intérimaire pour le remplacement des membres qui viendraient à manquer.

§ III. Certaines dispositions, au contraire, de la matière des associations s'appliquent aux fondations en gardant leur caractère impératif : il n'y pourrait être dérogé ni par voie d'interprétation, ni par aucune loi d'État particulier. Il en est ainsi de l'article 31 (cf. art. 89) et également de l'article 42 dans ses deux alinéas : cela résulte de l'article 86 lui-même, combiné avec l'article 89.

Art. 87. Comme en matière de dissolution des associations, le Code civil, à la suite d'un amendement de la Commission du Reichstag, a admis une réglementation unitaire relativement à la transformation ou à la suppression des fondations dont le but serait devenu irréalisable ou qui, elles-mêmes, seraient devenues dangereuses. Aussi a-t-on adopté une formule très large, qui pourra se prêter à des apprécations quelque peu arbitraires. Cette observation ne s'applique pas, du reste, à la première cause prévue par l'article 87, l'impossibilité de réalisation du but initial, mais à la seconde relative aux dangers résultant pour l'intérêt public du maintien de la fondation. Quant à la dési-

devenu impossible ou s'il compromet l'intérêt public, l'autorité compétente peut donner pour but à la fondation une destination différente ou supprimer la fondation.

Au cas de transformation du but, on doit avoir égard, autant que possible, à l'intention du fondateur, et faire en sorte, en particulier, que les revenus du patrimoine de fondation restent attribués, autant que possible de la façon qu'avait en vue le fondateur, à la catégorie de personnes auxquelles ils devaient profiter. L'autorité

---

gnation des autorités compétentes et à la procédure à suivre, ou encore aux voies de recours possibles contre les décisions de l'administration, tous ces points restent de la compétence des législations d'États. Il faut avoir grand soin toutefois de remarquer que ce droit de transformation ou de suppression, en ce qui touche la première condition exigée pour que cette intervention de l'État soit admise, suppose l'impossibilité du but initial; et il ne faut pas confondre le but avec les conditions de fonctionnement, même imposées par le fondateur et portées dans l'acte statutaire. Il y aurait à faire entre ces deux catégories à peu près la même distinction que celle faite par la jurisprudence française sur l'article 900 C. civ. fr., entre *condition* et *cause impulsive*. Et d'ailleurs, il y aurait lieu d'assimiler à l'impossibilité objective de réalisation du but initial celle qui résulterait d'une impossibilité volontaire provenant de la direction. Il suffirait que l'État lui fît sommation d'avoir à réaliser le but initial du fondateur, en fixant un délai d'exécution, pour qu'à l'expiration du délai, si la direction n'est pas revenue au but initial, il y eût impossibilité constatée, de nature à justifier le droit d'intervention de l'État. Sous ces conditions, l'impossibilité purement relative serait assimilée à l'impossibilité objective (art. 275). Enfin, le plus souvent, l'État qui aura approuvé la fondation aura fait du maintien du but initial, et même quelquefois de certaines conditions de fonctionnement, des conditions mêmes de l'autorisation, de telle sorte que, s'il y est contrevenu, il y a, par le fait même, cause de suppression en vertu de l'acte statutaire au sens où le mot est pris par le Code civil, puisqu'il comprend aussi bien les clauses statutaires émanant du fondateur que celles imposées par l'État. En tout cas, on voit combien, dans ce système de la fondation personne civile, le système de sanction diffère de ce qu'il est dans la théorie française du legs avec charge, d'après lequel il n'y a d'autre sanction que la révocation aux mains des héritiers.

peut modifier la constitution statutaire de la fondation, dans la mesure où la transformation du but l'exige.

Avant toute transformation du but et toute modification de la constitution statutaire, la direction de la fondation doit être entendue.

Art. 88. Lorsque la fondation prend fin, le patrimoine est dévolu aux personnes désignées par la constitution statutaire. Reçoivent application correspondante les dispositions des articles 46 à 53.

Art. 88. L'acte constitutif de la fondation dont il est question dans l'article 88, et auquel il y a lieu de se référer pour régler l'attribution du patrimoine au cas de suppression de la fondation, n'est pas uniquement l'acte statutaire initial, c'est-à-dire l'acte privé émanant du fondateur, mais l'organisation constitutionnelle de la fondation prise dans son ensemble et dont il est question à l'article 85, c'est-à-dire en y comprenant les dispositions des lois administratives spéciales dont l'application, d'après l'article 85 lui-même, a pu venir modifier les clauses de l'acte initial. Cela revient à dire que toutes les lois d'États sur l'attribution des patrimoines de fondation, en tant qu'elles auraient un caractère impératif, se trouvent réservées. Il faut remarquer enfin que l'article 88 ne renvoie pas à la disposition de l'article 45 al. 3, d'après lequel, pour les associations, à défaut de désignation par les statuts ou par les lois d'États, le patrimoine échoit au fisc; il se contente d'appliquer, pour le cas où le fisc se trouverait désigné, la disposition subséquente de l'article 46 qui vise cette hypothèse. Mais, à défaut de désignation expresse, cette attribution subsidiaire n'est pas imposée par la loi, ce qui d'ailleurs est d'un intérêt à peu près purement théorique; car il est peu probable que les lois d'États ne doivent comprendre aucune disposition sur ce point (Pl., § 88). De même l'article 88 ne parle-t-il pas d'attribution aux héritiers du fondateur. En matière de legs avec charge, il y aura, au contraire, révocation au profit des héritiers si la charge avait la valeur d'une véritable condition (art. 2195), tandis que, dans le cas contraire, il y aurait simple répétition pour enrichissement sans cause, au cas d'inexécution imputable à faute (art. 2196). D'ailleurs, même si les lois d'États, auxquelles se réfère implicitement l'article 88, appelaient comme attributaires les héritiers du fondateur, ce serait en vertu d'un droit de dévolution analogue à une sorte de droit de succession, comme au cas des articles 45 et suivants, et non en vertu du droit qu'ils tiennent de la succession du fondateur, comme c'est le cas en matière de legs avec charge.

III. Des personnes juridiques du droit public.

Art. 89. Il y a lieu de faire application correspondante au fisc, comme aux corporations, fondations et établissements de droit public, de la disposition de l'article 31.

Art. 89. § I. L'article 89 implique que l'on accepte une distinction très nette entre les personnes morales publiques et celles appartenant au domaine du droit privé. Le criterium de distinction sera, en effet, relativement facile à établir en ce qui concerne les corporations et associations; peut-être n'en sera-t-il plus absolument de même pour les fondations. Sur ce point, on a entendu se placer au point de vue de l'origine de la fondation, suivant que celle-ci émanerait d'un acte privé, œuvre d'un particulier, ou d'un acte de la puissance publique (*Pr.*, I, 585-586). Mais cette théorie n'est en somme qu'une théorie doctrinale; et l'on pourrait très bien comprendre en matière de fondations un criterium beaucoup pluslarge, analogue à celui indiqué par M. Huber dans son avant-projet de Code civil suisse (art. 98), lorsqu'il parle de fondations à destination publique, ce qui vise même les fondations privées ayant pour but de pourvoir à un intérêt qui rentre parmi ceux dont s'occupe l'État, comme l'enseignement ou l'assistance publique (cf. *Schweizerisches Civilgesetzbuch-Erläuterungen; Erstes Heft*, p. 88). Cette distinction faite, il y avait lieu de déterminer, parmi les dispositions admises pour les personnes morales de caractère privé, quelles seraient celles qui fussent applicables aux personnes morales de droit public : et il est bon de remarquer que, dans cette dernière catégorie, on revient à la triple classification entre corporations, fondations et établissements. Ce n'est pas qu'on ait entendu faire de l'établissement une classe à part ayant ses caractères spécifiques propres. On s'est laissé guider uniquement par ce fait que certains instituts sont classés dans certains États comme établissements, et dans d'autres comme corporations, ce qui semble les exclure de la catégorie des fondations; aussi admet-on, en fait, pour écarter tous les doutes, le type intermédiaire de l'établissement.

§ II. Il ne pouvait être question, du reste, d'étendre à ces personnes morales du droit public aucune des dispositions relatives à la direction, à l'administration, de même qu'aux causes d'admission ou de suppression de la personnalité, toutes questions rentrant dans le domaine du droit public. On s'est

Il en est de même de la disposition de l'article 42 al. 2, en tant que, s'agissant de corporations, fondations et établissements de droit public, la faillite est admissible.

---

contenté de la généralisation de deux dispositions : celle de l'article 31, en matière de responsabilité civile, et celle de l'article 42 al. 2, en ce qui concerne l'obligation de provoquer la faillite, là où elle est admissible. Il fut d'ailleurs absolument entendu que l'application de l'article 31 et de la responsabilité qui en dérive ne visait que les actes de gestion privée et non les actes de puissance publique ; mais, pour ce qui est des premiers, l'application de l'article 31 est impérative et ne saurait être restreinte par aucune loi d'État. (Cf. art. 77 L. Intr. Pour les détails et les références, voir, sur tous ces points, *R. Dr. pu.*, XVI, 246 et suiv.)

SECTION DEUXIÈME.

DES CHOSES.

Art. 90. Les choses, au sens de la loi, sont seulement les objets corporels.

Art. 91. Les choses fongibles, au sens de la loi, sont les choses mobilières que, dans les rapports d'affaires, il est d'usage de déterminer d'après le nombre, la mesure ou le poids.

Art. 92. Les choses consomptibles, au sens de la loi, sont les

---

Sect. II. Pour la bibliographie, voir les ouvrages énumérés dans la bibliographie générale et consacrés à la partie générale du Code civil, et surtout la *Bibliographie* de Maas (1888-1898) et les fascicules 1899 à 1902, et en particulier Petrażcki, *Die Lehre vom Einkommen*, qui sera cité, en abrégé, *Petr.* Cf. *Introduction*, n° XVIII, p. XXI. Cf., sur certains points, Schlossmann, *Begriff des Eigenthums* (*Iher. Iahr.*, 1903, p. 289 suiv.).

Art. 90. Il s'agit, dans cette disposition et dans les suivantes, de pures définitions légales.

Art. 91. C'est donc l'usage du commerce, en prenant le mot au sens large visant l'ensemble des transactions courantes, qui est prépondérant en matière de fongibilité; ce n'est pas là un caractère qui dérive de la nature des choses prises en elles-mêmes; mais ce n'est pas, non plus, une appréciation purement subjective laissée aux conventions des parties. Car il n'y aurait plus chose fongible, au sens de la loi, si les parties étaient convenues de déterminer d'après son genre, et non dans son individualité, une chose qui, dans l'usage des affaires, n'est pas susceptible d'une détermination de cette nature (cf. art. 243 et 279). Quant aux choses fongibles au sens de l'article 91, voir art. 473, 607, 700, 706, 783.

Art. 92. § I. Lorsque au point de vue juridique une chose est destinée à la consommation, il en résulte que, si la jouissance de cette chose appartient à un autre que le propriétaire, celui qui en jouit a le droit de la consommer

choses mobilières dont l'usage, tel qu'il résulte de leur destination, consiste dans le fait de les consommer ou de les aliéner.

Sont également réputées choses consomptibles les choses mobi-

---

(cf. *M.*, III, 34). Et il en sera ainsi non seulement de l'usufruitier, mais du fermier d'un immeuble, lorsque avec le fonds le propriétaire lui aura remis la jouissance de certaines choses destinées à l'exploitation agricole (cf. art. 586 et suiv.). De là l'importance de la définition de l'article 92. Ici encore il s'agit d'une définition purement objective, fondée sur la destination normale de la chose, c'est-à-dire la destination qui lui est assignée d'après les usages du commerce en prenant le mot au sens large qui a été indiqué (note sur art. 91). C'est ainsi que les choses de consommation se distinguent des autres choses mobilières qui, elles aussi, se consomment plus ou moins lentement par l'usage, mais sans que ce soit là leur destination voulue, tout au contraire. En parlant de choses dont l'usage doive consister dans l'aliénation qui en est faite, l'article 92 fait allusion à l'argent et autres objets d'échange qui ne peuvent être utilisés normalement que par la consommation juridique, opposée ainsi à la consommation matérielle. D'ailleurs cette nouvelle catégorie de choses ne se confond pas avec celle de l'article 91, car si les choses qui se consomment par l'usage sont presque toutes fongibles, la réciproque n'est plus vraie des choses fongibles; par exemple pour les livres. Celui qui veut acheter un exemplaire d'un livre déterminé traite d'une chose considérée comme fongible, et qui cependant ne rentre pas dans la catégorie des choses désignées par l'article 92.

§ II. A la règle d'une destination objective fixée par l'usage du commerce, le second alinéa de l'article 92 apporte une exception pour les ensembles de choses mobilières qui, par affectation du propriétaire, sont considérés comme étant composés de choses destinées à la vente. L'usage à en retirer ne peut provenir que de l'aliénation, comme pour les valeurs d'échange; seulement cet usage, pour ces ensembles de choses mobilières, provient d'une destination voulue et conventionnelle, au lieu de dériver de la nature des choses et des procédés courants en matière de transactions. C'est un criterium subjectif: non pas qu'il ne puisse s'allier avec la concomitance d'un criterium objectif, comme au cas où il s'agit d'un fonds de marchandises. Mais ce n'est pas forcé; et il peut n'y avoir d'autre criterium de cette destination que la convention et la volonté du propriétaire, comme en matière de bail de fonds ruraux. Mais cela implique qu'il s'agit d'un ensemble, ou d'une petite universalité de fait, condition destinée à faire présumer l'idée d'exploitation industrielle, agricole ou commerciale.

lières faisant partie d'un fonds de marchandises ou de tout autre ensemble de choses dont l'usage, tel qu'il résulte de la destination, consiste dans l'aliénation à titre individuel des choses qui le composent.

Art. 93. Les parties constitutives d'une chose qui ne peuvent être

---

Art. 93. § I. L'intérêt pratique qu'il y a, dans le Code civil allemand, à définir et à distinguer les parties essentielles d'une chose est à peu près le même (sous réserve de l'art. 97) que celui visé, dans le Code civil français, par la théorie des immeubles par destination. Seulement la conception à laquelle répond la définition de l'article 93 recevra son application, dans le Code civil allemand, quelle que soit la nature de la chose principale, meuble ou immeuble; et d'ailleurs, s'il s'agissait d'immeuble, il faudrait compléter la conception de l'article 93 par les dispositions de l'article 94. Cet intérêt consiste en ce que personne ne peut avoir sur une partie d'une chose, considérée comme partie essentielle, aucun droit séparé, ni droit réel, ni droit de propriété. Cette partie ne peut donc être ni aliénée, ni saisie, en dehors de l'ensemble. De même, si cette partie se trouve réunie au tout par voie d'adjonction ou d'incorporation, le droit exclusif de l'ancien propriétaire ne peut plus subsister à l'état de droit séparé; il faut, ou bien qu'il s'établisse par rapport à la chose tout entière une copropriété entre celui qui était propriétaire de la partie et le propriétaire de la chose, ou bien que ce dernier reste propriétaire exclusif du tout, l'autre n'ayant droit qu'à une indemnité. Ces derniers points sont réglés aux articles 946 et suivants. Seulement il faut entendre cette indivisibilité juridique d'une indivisibilité relative aux droits sur la chose, propriété ou droits réels; et on ne saurait empêcher que le propriétaire, tout en restant propriétaire du tout, s'obligeât relativement à une partie seulement à abandonner une part de sa jouissance; c'est le cas de location d'une maison par étages séparés, ou d'un domaine par fractions distinctes.

§ II. Quant au criterium qui doive servir à distinguer les parties juridiques essentielles, il repose, non sur des idées juridiques, mais sur des conceptions de nature économique, donc essentiellement variables comme toutes conceptions de ce genre. Le but visé par cette indivisibilité juridique est d'empêcher que, par suite du conflit de droits séparés portant sur des parties distinctes de la chose, celle-ci perde de sa valeur et de son utilité économiques, donc de sa valeur d'utilisation au point de vue économique. Ce sera à ce point de vue qu'il

séparées les unes des autres, sans que l'une ou l'autre soit détruite ou altérée dans son essence (parties constitutives essentielles), ne peuvent être l'objet de droits particuliers.

---

faudra se placer pour savoir si la séparation matérielle, ou la simple coexistence de droits séparés ferait perdre à la chose, prise dans son ensemble, sa valeur d'utilisation. C'est ce qu'indique l'alternative admise par l'article 93, puisque le criterium de distinction n'est pas seulement que la séparation matérielle doive entraîner une destruction matérielle, soit de la chose, soit de la partie qui en serait séparée, mais qu'il doive suffire que cette séparation leur enlève à l'une ou à l'autre leur valeur d'utilisation, en tant qu'il s'agit de la valeur de la chose, prise telle qu'elle était dans son individualité initiale, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si les parties ainsi séparées n'auraient pas une autre utilité sous une autre forme.

§ III. Il semble bien toutefois que cette théorie implique ou suppose un postulat initial, celui d'une possibilité de séparation matérielle. Mais s'il était admis que, malgré l'existence d'un droit séparé sur une partie distincte, la séparation matérielle fût impossible ou qu'elle fût interdite, cette simple coexistence de droits, par le seul fait qu'ils ne porteraient pas sur le tout, mais sur une partie considérée en soi comme essentielle, serait-elle prohibée en vertu de l'article 93? Le question peut d'abord se poser sur la nature du droit lui-même. Par exemple, s'il s'agit de servitude, peut-on admettre une servitude qui, par cela seul qu'elle s'exerce sur une partie seulement d'un immeuble, ne porterait pas, en tant que droit réel, sur tout l'immeuble? C'est une question à renvoyer au titre des servitudes. De même pourrait-on poser une question analogue à propos de la propriété d'étages séparés; puisqu'il va de soi que la séparation ni la destruction ne sont pas possibles, cette restriction au droit de propriété est-elle compatible avec l'idée même de propriété? Mais il semble bien, sur ce point particulier, que, sans se référer aux conséquences à déduire de la conception du droit de propriété, on ait voulu uniquement, en vertu de l'article 93, prohiber la propriété d'étages séparés (*M.*, III, 64). Le seul fait que, par rapport à la partie affectée d'un droit séparé, la séparation ne soit pas possible suffirait à prohiber l'existence de ce droit séparé, tout autant que si, à la supposer possible, elle devait être nuisible. Il est vrai que, dans ce cas, l'appréciation du criterium économique de l'article 93 devrait se faire non pas en supposant la séparation, puisqu'elle n'est pas possible, mais uniquement par rapport à l'exercice cumulatif et distinct

Art. 94. Sont comprises parmi les parties constitutives essentielles d'un fonds les choses qui sont unies par attache ferme au fond

---

de ces droits séparés; et, s'il arrivait que l'exercice d'une propriété séparée, sous réserve de la question de savoir si on peut encore admettre une propriété distincte sans faculté de séparation matérielle, fût considéré, d'après les usages courants, comme n'apportant aucune transformation à l'individualité économique et juridique de la chose elle-même, ne serait-on pas d'accord avec l'esprit de l'article 93? Mais cette interprétation ne semble pas avoir prévalu, au moins dans les travaux préparatoires; et on a considéré désormais la propriété par étages séparés comme abolie, au moins pour l'avenir. Les partisans de cette sorte de propriété, encore usitée dans les pays régis par le Code civil français, sont revenus à maintes reprises sur la question (*Pr.*, III, 5, 279, 282), à propos du droit de superficie par exemple, et à propos du droit de propriété et de la copropriété. Mais il a toujours été entendu que, d'après le nouveau Code civil, cette propriété, si on voulait lui garder cette conception d'un droit de propriété, ne pourrait constituer qu'une copropriété; tout au plus a-t-on réservé le maintien de l'état de choses existant, dans les pays où ce droit est admis, mais pour le passé, c'est-à-dire pour les droits déjà constitués sous cette forme, et non pour l'avenir (L. Intr., art. 182, et *Pr.*, VI, 437).

Art. 94. § I. Le Code civil ne parle pas d'immeubles, mais de fonds; et, pour ce qui est de l'individualité des fonds de terre, elle ne résulte pas forcément de la limitation, mais de l'inscription séparée au Livre foncier (cf. art. 890). Mais il importait de définir, en vue des intérêts pratiques visés par l'article 93, quelles seraient les parties essentielles d'un fonds, en dehors même de celles auxquelles s'appliquerait la définition de l'article 93. Ce que vise l'article 94, ce sont les choses attachées au sol par un lien matériel. Cette expression, telle qu'elle résulte de l'article 94, ne s'appliquerait plus à une part de terrain réunie au fonds par voie d'alluvion ou d'atterrissement : si cette adjonction était le fait des eaux, il faudrait appliquer les articles 65 et 66 L. Intr.; et, s'il s'agissait d'éboulement, il y aurait lieu de s'en tenir à l'article 93.

§ II. Au contraire, les bâtiments étaient bien, par définition, des choses liées au sol. Ce n'est là d'ailleurs qu'un exemple; pour les autres choses auxquelles puisse s'appliquer la définition du texte, il faudra s'en remettre aux

et au sol, en particulier les bâtiments, et de même les produits du fonds, aussi longtemps qu'ils font corps avec le sol. La semence, par le fait de la semer, et une plante, par le fait de la planter, deviennent parties constitutives essentielles du fonds.

Rentrent parmi les parties constitutives essentielles d'un bâtiment les choses incorporées pour la construction du bâtiment.

---

usages de la vie. C'est ainsi, d'après Planck, que des échalas, ou encore des perches à houblon ne devraient pas être considérés comme tenant matériellement au sol. En d'autres termes, l'article 94 ne fait que consacrer le principe romain : *Superficies solo cedit.* L'application de cette définition aux produits du sol a fait quelque difficulté, à cause de la solution différente du Code prussien, et en raison de l'ancien article 714 C. Pr. all., permettant la saisie des fruits encore pendants par branches ou racines (*Pr.*, III, 7). Ce texte a d'ailleurs été modifié dans la revision du Code de procédure. On n'en a pas moins maintenu la règle du droit romain et du Code civil français; et l'une des conséquences à en tirer est que l'usufruitier, ou toute autre personne susceptible d'avoir un droit réel sur les fruits, n'acquiert ce droit que par la séparation (art. 953 et suiv. et cf. art. 585). Pour les semences et les plantes, il suffira de la semaille ou de la plantation, sans que pour les plantes on exige qu'elles aient déjà pris racine (cf. art. 784 P[1]) : ce sont tout autant d'exceptions à la définition de l'article 93, puisque en pareil cas la séparation pourrait encore avoir lieu sans aucun dommage, ni pour la plante ni pour l'immeuble.

§ III. La même observation s'appliquerait également aux choses devenues parties essentielles du bâtiment, puisqu'il suffit, pour que cette qualité leur soit acquise, de leur incorporation, pourvu cependant que celle-ci se fût trouvée exigée par la destination de la construction. Si leur but était de servir à l'usage personnel, les conditions de l'article 94 feraient défaut. Cependant, encore faut-il une incorporation; ce qui implique qu'il y ait réellement une attache matérielle. Aussi paraît-on vouloir exclure les clés de l'application de l'article 94, pour les réserver au domaine de l'article 97. Mais ce point est cependant discuté (Pl., § 94-6). Remarquons enfin que l'article 94 exclut à nouveau la propriété d'étages séparés, et de même celle qui s'appliquerait à des plantations tenant encore au sol et admise en tant que propriété séparée et distincte de la propriété du sol (cf. L. Intr., art. 181 et 182).

Art. 95. Ne rentre pas parmi les parties constitutives d'un fonds toute chose qui ne serait unie au fond et au sol que dans un but

---

Art. 95. § I. L'article 95 apporte une exception aux règles de l'article 94 relativement aux choses qui, par leur attache au sol ou au bâtiment, devraient être, conformément à l'article 94, considérées comme parties constitutives essentielles. Si elles n'ont été incorporées que dans un but passager, elles cessent d'être parties constitutives : il ne suffirait pas de dire qu'elles n'auraient pas été attachées à perpétuelle demeure. Mais cette exception ne peut pas viser les choses dont il est question à l'article 93, par exemple celles qui auraient été incorporées au bâtiment de telle façon que la séparation ne fût plus possible sans détérioration, car une incorporation de ce genre serait exclusive de l'idée d'attache purement temporaire. Ce dernier caractère ne pourrait donc pas résulter de la seule intention, si l'état matériel des choses se trouvait exclusif de toute intention de ce genre. La conséquence tirée par l'article 95 de ce caractère passager du but que l'on a eu en vue est de dénier à ces choses ainsi incorporées la qualité même de partie constitutive : non seulement elles ne sont pas parties constitutives essentielles, mais elles ne comptent pas parmi les parties constitutives du fonds. Ce seraient, par exemple, une construction provisoire, un cirque, un théâtre forain, élevés pour le temps d'une foire, des arbres plantés provisoirement en vue de la vente, dans une pépinière par exemple, et autres exemples de cette nature. Mais ce ne serait jamais le cas des semences une fois semées, la définition de l'article 95 ne pouvant leur être applicable.

§ II. Il eût semblé que ces sortes de choses auraient pu être considérées comme faisant encore partie du fonds, sans en être parties essentielles. On l'avait proposé (*Pr.*, III, 10). Il en fût résulté que la force probante attachée à l'inscription au Livre foncier se fût étendue à ces parties constitutives de l'immeuble; les tiers n'auraient pas été exposés à être trompés sur les différents éléments qui paraissaient faire partie du fonds. On ne l'a pas admis. Il y aura donc là une cause de surprise pour les tiers. Mais le seul fait qu'on ait discuté la question implique que l'on entendait faire une distinction entre parties constitutives d'une chose et parties constitutives essentielles. Quelle en serait donc la différence? car la distinction se retrouve ailleurs (cf. art. 96, 890, 953). Comme critérium de distinction, il s'agit d'une pure question de fait; toute portion d'une chose qui n'a pas en soi d'individualité propre serait une partie de cette chose, et juridiquement elle en deviendrait partie essen-

passager. Il en est de même d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage dont l'union avec le fonds ait été réalisée par celui qui exerce un droit sur le fonds d'autrui et dans l'exercice de son droit.

---

tielle, si elle ne pouvait en être détachée sans détérioration (art. 93). Seulement il devient difficile de savoir quel intérêt il y aurait à la distinction. Il y en aurait un considérable, si l'on devait admettre que les parties non essentielles fussent susceptibles d'être l'objet de droits séparés, l'article 94 ne leur étant plus applicable; dans ce cas, l'ancien propriétaire de la chose incorporée et devenue partie d'une autre, mais partie non essentielle, garderait sur cette chose son droit de propriété. C'est l'avis général (cf. Eck, § 24, note 2). Cependant Endemann a nié qu'il en fût ainsi (§ 52, p. 232). Et dans cette opinion on ne voit plus bien quel intérêt il y aurait encore à cette double catégorie; car, pour ce qui est de la vente, par exemple, elle devrait comprendre toutes les parties, sans distinction entre les essentielles et les autres; et de même, la preuve faite par rapport à la chose principale s'étendrait à toutes les parties, sans distinction, qui la composent. Quoi qu'il en soit, ces difficultés n'ont pas à se présenter pour les choses énumérées à l'article 95, puisqu'elles ne sont plus qualifiées parties de la chose : le caractère provisoire de leur incorporation s'y est opposé; et dès lors, il est certain que l'article 93 ne s'y applique plus, qu'elles restent susceptibles de droits séparés et que leur ancien propriétaire n'en perd pas la propriété par le fait de leur attache au fonds (cf. art. 837).

§ III. Il faut remarquer, lorsque le caractère provisoire de l'incorporation est manifeste, qu'il n'y a pas à distinguer suivant que la chose aurait été attachée au fonds ou au bâtiment par le propriétaire ou par un tiers. La distinction avait été faite par le premier Projet (art. 781 P[1]); elle ne fut supprimée que lors de la revision du second Projet (*Pr.*, VI, 119, cf. art. 77 f. P[2] et 91 P[3]). Seulement, lorsqu'il s'agit de choses incorporées à l'immeuble par un tiers qui eût la jouissance du fonds, même si elles ne visent que son usage personnel, on ne peut pas dire, par le fait seul, qu'elles n'y aient été attachées qu'à titre provisoire, pour la durée de son droit; ce serait donc, en principe, une question de fait à résoudre d'après les circonstances de l'espèce. Toutefois, pour éviter ces difficultés de preuve, l'article 95 dénie *ipso facto* la qualité de parties constitutives aux constructions et autres ouvrages, conduites d'eau par exemple, appareils téléphoniques ou télégraphiques, établis par celui qui a un droit sur l'immeuble et pour l'exercice de son droit : ce dernier en reste

Ne rentrent pas parmi les parties constitutives d'un bâtiment les choses qui n'ont été incorporées à un bâtiment que dans un but passager.

Art. 96. Les droits qui sont liés à la propriété d'un fonds sont réputés parties constitutives du fonds.

Art. 97. Forment l'accessoire les choses mobilières qui, sans être

---

donc propriétaire. Il est vrai que le texte paraît exiger qu'il s'agisse de droit réel, un usufruit par exemple, une servitude; il n'en serait donc plus de même d'un fermier ou d'un locataire (Pl., sur § 95), pour lequel ce serait une question de fait à résoudre suivant les circonstances. Mais d'autres auteurs, Eck entre autres (§ 24, p. 102-103), étendent au fermier cette même disposition. Ce qui est certain, c'est qu'on l'a restreinte aux ouvrages et constructions, et on en a exclu les plantations, pour lesquelles il faudrait alors faire la preuve d'un placement provisoire.

Art. 96. Les droits auxquels il est fait allusion sont les servitudes (art. 1018), le droit de préemption (art. 1094) et les charges réelles dont il est question aux articles 1105 et suiv. L'article 96 semble bien dire que ce seraient toujours des parties constitutives, mais non essentielles (Pl., § 96). Eck cependant distingue suivant que ces droits pourraient être séparés ou non de la propriété (§ 24, p. 105).

Art. 97. § I. Après les parties constitutives, qui, elles-mêmes, se divisent en deux catégories, et qui sont des éléments matériels de la chose, la loi distingue des parties accessoires, qui ne se rattachent à la chose principale que par un lien purement intellectuel, et qui, elles également, sont de deux sortes: celles qui constituent la dépendance de la chose, et définies par leur relation économique avec cette dernière; et celles qui constituent l'accessoire proprement dit, comme par exemple celui dont il est question à l'article 470, et qui peuvent devoir cette qualité non seulement à leur relation économique avec la chose, mais à une pure intention des contractants qui les auraient considérées comme telles dans le contrat (cf. Eck, p. 108, note 1). Laissant ces dernières de côté, il importe de distinguer ces parties dépendantes de celles qui sont constitutives de la chose elle-même, et de voir les intérêts pratiques assez divers qui se rattachent à la distinction.

parties constitutives de la chose principale, ont pour destination de servir au but économique de cette chose et qui sont, vis-à-vis d'elle,

---

§ II. L'intérêt pratique de la distinction serait très net dans la théorie d'Endemann (cf. *supra*, art. 95, note § II), qui dénie aux parties constitutives, même non essentielles, la possibilité d'être l'objet de droits séparés, puisque très certainement les objets qui sont dépendants d'une chose principale peuvent appartenir à un autre qu'au propriétaire de cette dernière, par exemple à celui auquel la possession en aurait été enlevée; ils peuvent même recevoir cette qualité lorsqu'ils ont été affectés à la destination de la chose par un simple locataire, et bien entendu ils ne cessent pas d'être la propriété de celui-ci. Mais cet intérêt est loin d'être aussi net dans la théorie dominante, qui admet la possibilité de droits séparés en ce qui touche les parties constitutives non essentielles. Aussi, dit-on assez couramment, indépendamment même de ce fait que les parties accessoires conservent leur individualité et ne sont plus incorporées à la chose, que les contrats d'aliénation, et d'une façon générale les droits réels relatifs à la chose, s'étendent à tout ce qui en est partie constitutive, et qu'il en serait ainsi tout au moins en ce qui concerne les effets de l'inscription au Livre foncier; tandis qu'en principe, pour ce qui est des dépendances de la chose, elles ne suivent le sort de la chose principale qu'en ce qui concerne l'effet obligatoire des actes juridiques qui s'y réfèrent, comme par exemple en matière de promesse d'aliénation (cf. art. 314). Le contrat réel d'aliénation ne s'y applique, en tant que le droit ainsi transmis puisse se trouver constitué à l'égard également des parties dépendantes, et à supposer d'abord que telle soit l'intention des contractants, — il est vrai que l'article 926 la présume, — que si ces parties appartiennent au propriétaire de la chose principale (art. 926, cf. *Pr.*, III, 21 et suiv., 178 et suiv., et 216 et suiv.). Et encore n'en serait-il plus de même si la chose principale était mobilière; la tradition de cette dernière, sans qu'il y ait tradition de l'accessoire, ne suffirait pas à emporter acquisition de propriété à l'égard de l'accessoire, même si les deux choses appartenaient à celui qui fait la tradition. Il est vrai qu'il en serait de même également à l'égard d'une partie constitutive non essentielle, à supposer qu'elle fût l'objet d'une tradition séparée (Cos., § 41, p. 127). Même distinction à faire en matière d'hypothèque (art. 1120); l'hypothèque s'étend aux parties constitutives, comme à l'accessoire, à la condition qu'ils appartiennent au propriétaire de l'immeuble. En matière de vente, au contraire, et de contrat purement obligatoire en général,

dans un rapport de situation matérielle qui réponde à cette destination. Une chose ne rentre pas dans l'accessoire lorsque, dans les rapports d'affaires, elle n'est pas considérée comme telle.

---

les dépendances et parties accessoires suivent toujours le sort de la chose principale, et également en matière de réméré (art. 498), de communauté de meubles et acquêts (art. 1551), et, en matière de saisie, en tant que celle-ci porte sur la chose principale (art. 865 C. Pr. all., et art. 21 et 55 *Ges. über Zw. V.*). De plus, on avait demandé à l'inverse, par une addition à l'article 765 C. Pr. all., que l'accessoire ne pût être saisi séparément (*Pr.*, III, 24); ce qui répond au but économique de la loi, au moins lorsque ces dépendances appartiennent au propriétaire de la chose principale (Kohler, *Iher. Iahr.*, XXVI, p. 79, 119; cf. art. 592-1° *C. Pr. fr.*). Il a été fait droit sous une double forme à cette nécessité pratique dans le nouveau Code de procédure, d'abord à l'article 811-4, en ce que tout l'outillage agricole, y compris le bétail nécessaire à l'exploitation, qu'il s'agisse ou non de dépendances, au sens de l'article 98 C. civ., est déclaré insaisissable; et en ce que, d'autre part, pour ce qui est des dépendances proprement dites, au sens de l'article 98, qu'il s'agisse de domaine rural ou d'établissement industriel, il ne peut être saisi qu'avec l'immeuble (art. 865); mais ceci ne doit s'entendre que des accessoires qui gardent encore leur caractère de parties dépendantes de l'immeuble (cf. art. 1122 et suiv.).

§ III. Seules les choses mobilières peuvent avoir la qualité de dépendances et constituer l'accessoire proprement dit; il n'en serait plus de même des droits et des immeubles, fut-ce même par rapport à un autre immeuble. Mais il n'est pas nécessaire, pour qu'une chose mobilière ait cette qualité, que la chose principale soit un immeuble. Seulement il faut qu'il y ait une chose principale; ce qui ne serait plus le cas s'il s'agissait de choses appareillées en vue d'une destination identique, sans que l'une d'elles jouât le rôle de chose principale par rapport à l'autre, comme serait ce que l'on appelle un *couvert* composé de la cuiller et de la fourchette (Reg., p. 388. B.). Ceci posé, la qualité de dépendance implique quatre conditions révélées par le texte; et en premier lieu, une affectation durable qui établisse un lien entre elle et la chose principale. Ce caractère de permanence résulte déjà du fait seul qu'il y ait affectation au but économique de la chose principale, puisque sans cela il n'y aurait plus affectation qu'à un but d'usage purement personnel (cf. art. 98); et d'ailleurs le second paragraphe du texte le dit positivement (cf. *Pr.*, III, 18). Mais il n'est pas nécessaire que cette affec-

L'utilisation purement passagère d'une chose en vue du but économique d'une autre ne lui donne pas la qualité d'accessoire. La séparation purement passagère d'avec la chose principale d'un élément faisant partie de l'accessoire ne lui enlève pas cette qualité.

---

tation émane du propriétaire. Il est vrai que, si elle émane d'un locataire par exemple, il y aura présomption qu'elle est faite uniquement pour la durée du bail, donc à titre provisoire et pour l'utilité personnelle du locataire. Mais le contraire peut se présenter; et, dans ce cas, la qualité de dépendance est acquise, si bien qu'en cas de vente la chose ainsi affectée par le locataire à l'utilisation de la chose principale se trouverait comprise dans la vente, mais sans que le contrat réel qui suivrait pût en transférer la propriété à l'acheteur (art. 926). Il semble bien également que le locataire ne pourrait pas invoquer, pour repousser la saisie de ses propres créanciers, l'article 865 C. Pr. all. Car, n'étant pas propriétaire de la chose principale, il ne peut se prévaloir de la qualité de dépendance de la chose qu'il a affectée à l'exploitation de l'immeuble. Il lui resterait la ressource uniquement de l'article 811-4 C. Pr. all. La seconde condition est que cette affectation vise l'usage économique de la chose, ou, s'il s'agit d'immeuble, son exploitation économique et industrielle : il ne s'agit donc pas d'une pure affectation reposant sur la volonté de l'affectataire. La loi se place à un point de vue objectif, plus accentué encore par la troisième condition, qui est l'existence d'un rapport de situation matérielle entre les deux choses : il faut donc que cette affectation à l'usage économique de la chose se traduise à l'extérieur par le fait d'un placement matériel qui établisse entre l'accessoire et la chose une attache caractérisée par un rapport de complexité ou d'unité de possession. Il ne suffirait pas qu'une machine eût été achetée en vue d'une usine, il faudrait qu'elle y eût été placée. Mais, bien entendu, ce rapport d'attache matérielle n'implique pas que cette attache soit permanente, ainsi par exemple pour ce qui est des clés, qu'il n'est pas d'usage de laisser en permanence dans les serrures. Enfin ces trois conditions restent insuffisantes, si, malgré leur concomitance, les usages locaux refusent à la chose acquise le caractère de dépendance de la chose principale; et on a plusieurs fois cité l'exemple des poêles calorifères qui, dans certaines parties de l'Allemagne, sont, d'après les usages locaux, placés dans l'immeuble par le locataire et non par le propriétaire; ce qui implique qu'ils ne seraient plus la dépendance de l'immeuble et que la vente de ce dernier ne les comprendrait pas.

Art. 98. Ont pour destination de servir au but économique de la chose principale :

1° Dans un bâtiment qui est aménagé d'une façon permanente en vue d'une exploitation industrielle, en particulier dans un moulin, une forge, une brasserie, une fabrique, les machines et, d'une façon générale, tout l'ensemble de l'outillage, destinés à l'exploitation ;

Art. 98. § I. La loi donne ici des applications, en matière de bâtiments industriels et de domaines agricoles, relativement à ce qu'il faut entendre par affectation à la destination économique de la chose, ce qui ne fait allusion qu'à l'une des conditions exigées par l'article 97. Si donc les autres se trouvaient faire défaut, par exemple que la chose ne fût pas encore placée dans le bâtiment ou sur le fonds, ou que les usages locaux ne lui reconnussent pas la qualité d'accessoire du fonds, il ne suffirait plus des conditions prévues à l'article 98 pour que la chose fût qualifiée de dépendance du bâtiment ou du domaine. D'autre part, on remarquera que ce bâtiment, par lui-même, doit avoir reçu une affectation spéciale; ce qui ne veut pas dire que l'outillage d'une industrie exercée dans un bâtiment non spécialement aménagé à cet effet ne puisse jamais être une dépendance de l'immeuble. Mais la présomption de la loi ne s'appliquerait plus; il faudrait en faire la preuve sous les conditions de l'article 97. Il faut d'ailleurs entendre le mot «affectation industrielle» au sens le plus large, et non seulement en tant qu'il impliquerait l'établissement d'un outillage mécanique : il suffira d'une exploitation économique susceptible d'exiger une adaptation spéciale du bâtiment, tel qu'un hôtel construit de façon à ne pouvoir s'adapter à aucune autre destination, un casino et autres exemples analogues. (Voir cependant, pour ce qui est des hôtels, un arrêt de 1900, cité dans *Buns.*, 69.)

§ II. Le domaine dont parle l'article 98 implique une exploitation agricole qui porte sur plusieurs fonds réunis en un tout formant unité économique, et peu importe que ces fonds aient fait l'objet ou non d'immatriculations séparées au Livre foncier (Pl., § 98). Mais la présomption de l'article 98 ne s'appliquerait plus, au moins en tant que présomption légale, et en dehors de toute preuve spéciale des conditions exigées par l'article 97, s'il s'agissait d'un fonds unique et de son exploitation : l'opposition entre le fonds et le domaine rural ressort des articles 591 et 593 (cf. art. 1822 al. 4, 2049, 2912).

2° Dans un domaine rural, tout le matériel et le bétail destinés à l'exploitation économique du domaine, les produits provenant de l'exploitation, en tant qu'ils sont nécessaires pour la continuation de cette exploitation jusqu'au moment où il y ait à prévoir qu'ils seront remplacés par d'autres, similaires ou analogues, ainsi que les engrais qui sont actuellement sur le domaine et fournis par lui.

Art. 99. Les fruits d'une chose sont les produits de la chose et

---

Pour le cas de bail ou d'usufruit avec inventaire (art. 586 et 1048), la question de savoir si les objets inventoriés rentrent sous l'application de la présomption de l'article 98 n'est pas résolue *a priori* par l'article 98 lui-même, puisque ce dernier a entendu réserver l'existence des conditions de l'article 97, dont l'une est précisément que l'affectation ait un caractère de permanence, condition très douteuse lorsque l'affectation émane d'un fermier ou d'un usufruitier, et dont la preuve ne peut résulter que des circonstances particulières de l'espèce (art. 97 à la note). Quant aux produits, il faut rapprocher la disposition de l'article 593. Pour ce qui est des engrais, on exige uniquement qu'ils aient été fournis par le domaine sans s'occuper de savoir, comme dans le premier Projet (art. 791 al. 2 P[1]), s'ils sont destinés ou non à l'exploitation, et par suite nécessaires à cette exploitation. Mais, en revanche, on exige qu'ils proviennent du domaine; on a voulu exclure de cette disposition les engrais artificiels, même une fois apportés sur le domaine en vue de son exploitation. Il n'est pas dans les usages de les considérer comme dépendances du domaine (*Pr.*, III, 22-23). Il faudrait donc, quant à eux, faire la preuve spéciale des conditions de l'article 97. De sorte que la disposition relative aux engrais se présente comme une application de celle concernant les produits, si ce n'est qu'on ne se limite plus à ce qui serait nécessaire pour la durée de l'exploitation jusqu'à renouvellement présumé des mêmes engrais.

Art. 99. § I. L'article 99 donne une définition légale des fruits en vue des hypothèses où cette expression serait employée dans le Code civil; et, conformément à la doctrine classique, il se place, sous ce rapport, à un point de vue purement objectif, tiré de la nature même des choses. Il s'agit donc ici,

tout ce qui en est extrait et que l'on acquiert conformément à sa destination.

---

et tout d'abord, de ce que l'on entend généralement par «fruits naturels». Toutefois l'article 99 étend quelque peu la notion traditionnelle relative aux fruits, puisque cette dernière ne s'applique guère qu'à ce qui serait *produit organique* à proprement parler, c'est-à-dire à ce que la chose est destinée à faire sortir d'elle-même sans qu'il y ait séparation d'aucune des parties constitutives dont elle se compose, tandis que l'article 99 ajoute à cette première catégorie tout ce que l'on peut extraire de la chose conformément à sa destination, même s'il s'agit des éléments qui en soient les parties constitutives, tels que minerais, pierres et autres objets de ce genre, tout ce que le droit français, dans une terminologie un peu différente, appelle des *produits* par opposition aux fruits; ce qui ne veut pas dire que, dans certains cas, on ne doive pas se restreindre, partiellement tout au moins, à la conception traditionnelle du mot (cf. art. 581 et art. 993). Il est vrai qu'il y a une tendance très accentuée à substituer à cette conception purement objective et organique des fruits une notion prise du point de vue subjectif, en corrélation avec les tendances économiques en cette matière. Car, au point de vue économique, les fruits sont tout ce qui est acquis au moyen d'un capital; et alors la question qui se pose au point de vue juridique est celle de savoir qui a droit à ces produits du capital. Mais la réponse ne peut être unique, elle ne peut être la même pour tous les rapports personnels et juridiques. Tels produits du capital seront attribués à telle personne à raison de sa situation juridique qui n'appartiendront pas à d'autres, et inversement. Donc il n'y a pas de définition unique et objective des fruits, il y a des distinctions purement relatives et toutes personnelles à faire parmi les produits du capital suivant chacun des rapports juridiques qui se trouvent en cause. Ces notions spécialement mises en relief par Petražycki, *loc. cit.*, et acceptées par quelques auteurs, tels que Dernburg (I, § 78) et Kuhlenbeck (I, p. 279), n'ont pas trouvé place dans le Code civil. Il faut bien reconnaître cependant que la définition légale de l'article 99 s'applique rarement, même dans le Code civil, sans comporter certaines modifications particulières tenant au rapport juridique en cause, même lorsqu'il s'agit des droits de jouissance qui ont trait le plus directement à l'acquisition des fruits, tels que l'usufruit par exemple (cf. art. 1030 et 1037). [Cf. sur tous ces points Crome, § 69.]

§ II. Le Code civil comprend donc parmi les fruits naturels, d'abord tout ce

Les fruits d'un droit sont les revenus que le droit rapporte conformément à sa destination, et, en particulier, s'il s'agit d'un droit

---

qui est produit organique, et également les produits inorganiques, lorsqu'ils correspondent à la destination de la chose; et, dans ce dernier cas, il importe peu que la substance de la chose en soit ou non diminuée, comme c'est le cas de l'extraction de minerais, pierres, charbon, pourvu que la chose n'en soit pas détruite. C'est ainsi qu'on ne pourrait pas donner cette qualification aux parties mêmes de la chose qui supposeraient, pour être utilisées, la destruction de la chose elle-même, tels que les produits d'un animal une fois livré à la consommation et à la boucherie (cf. Reg., I, 393; Eck, 110, note 2). Et de même, en certains cas, le Code civil a-t-il, sinon restreint la notion des fruits, tout au moins fait une distinction, au point de vue de leur répartition entre plusieurs ayants droit, entre ceux qui proviennent non seulement de la destination de la chose, mais d'une exploitation normale et d'un rendement régulier, et non d'une cause accidentelle ou d'une surproduction (voir, par exemple, art. 1039 et art. 2133).

§ III. Le Code civil assimile aux fruits naturels d'une chose les fruits d'un droit; et cela comprendra tout ce que le droit a pour objet de rapporter conformément à sa destination et au profit de celui qui en est le titulaire; ce qui varie d'après chaque droit en particulier. Aussi pourrait-on croire qu'il y eût là une consécration des théories nouvelles qui ont été indiquées plus haut, puisque, d'après ces conceptions, il n'y aurait jamais, au point de vue juridique, de fruits d'une chose; il n'y aurait que des fruits d'un droit, variant pour chaque droit en particulier. Ce n'est pas là sans doute ce qu'a voulu dire le Code civil, quoique cette allusion aux fruits d'un droit puisse peut-être servir de transition plus tard pour l'adaptation des théories nouvelles. En d'autres termes, l'article 99 ne fait pas allusion ici au droit que l'on a de toucher les fruits, mais au droit sur lequel porte la jouissance : ce n'est pas le droit en vertu duquel on gagne les fruits, mais celui sur lequel porte, au contraire, le droit relatif aux fruits. Le Code civil admet qu'il y a des fruits qui ont cette qualité pour tous ceux qui ont la chose en leur possession directe, en vertu d'un droit de propriété ou d'un droit réel; puis à côté de cette première catégorie il envisage les droits très divers qui peuvent exister dans le patrimoine, ne serait-ce qu'à titre de droits de créance, et qui peuvent avoir pour objet, soit des revenus individuels, soit la jouissance plus ou moins partielle de la chose d'autrui. Que l'on suppose un usufruit portant sur l'en-

dont l'objet soit l'extraction de parties constitutives du sol, les fruits du droit sont les parties ainsi acquises.

Sont également des fruits les revenus qu'une chose ou un droit fournit par l'effet d'un rapport de droit.

Art. 100. Les profits sont les fruits d'une chose ou d'un droit, ainsi que les avantages que fournit l'usage de la chose ou du droit.

---

semble d'un patrimoine : l'usufruitier aura donc à jouir non seulement des choses corporelles, mais des droits ; il aura la jouissance de droits de créance, par exemple, s'il s'agit de créances productives d'intérêt. Les fruits de ces droits de créance seront les intérêts. Ce pourraient être des droits ayant pour objet l'extraction de certaines parties du sol, par rapport à la propriété d'autrui; l'usufruitier pourra donc exercer ce droit comme aurait pu le faire le nu-propriétaire; et toutes les choses qu'il retirera de cette jouissance, conformément au rendement et rapport normal du droit qu'il exerce, seront les fruits du droit lui-même. C'est là ce que l'article 99 a voulu dire.

§ IV. Enfin, à ces deux premières catégories de fruits, l'article 99 ajoute ceux que l'on retire d'une chose par l'intermédiaire d'un rapport de droit, parce que par exemple on l'a louée à autrui; ce sont les fruits civils. Et il pourrait en être de même d'un droit, un droit de chasse par exemple, que l'on eût cédé à prix d'argent, et qui rapporte loyers. Celui qui acquerrerait la jouissance du patrimoine aurait donc droit aux fruits retirés soit d'une chose, soit d'un droit, au moyen d'un contrat destiné à produire des profits périodiques; et il n'est pas nécessaire pour cela que le contrat générateur de ce rapport ait été passé par le propriétaire. Il peut émaner de celui à qui appartient le droit de jouissance, si ce contrat constitue un mode de jouissance normale.

Art. 100. Il s'agit encore, dans l'article 100, d'une définition légale. Ce que le Code appelle «les profits d'une chose ou d'un droit» comprend d'abord les fruits proprement dits et les avantages que procure l'usage de la chose ou du droit. Il y a donc là une expression plus large et plus compréhensive que celle de *fruits*. Toutefois elle ne comprendrait pas forcément tous les bénéfices quelconques réalisés par l'intermédiaire ou à l'occasion de la chose, tel que le trésor, par exemple (art. 984, 1040).

Art. 101. Lorsque quelqu'un a droit de recueillir les fruits d'une chose ou d'un droit jusqu'à une époque déterminée ou à partir

---

Art. 101. § I. Le Code civil a tenu à établir une règle générale relative, non pas à l'acquisition, mais à l'attribution respective des fruits, pour tous les cas où le droit de jouissance, en prenant le mot au sens le plus large, passe d'un ayant droit à un autre, non seulement pour le cas où il s'agit de droit réel, comme lorsqu'il y a à régler sur ce point les rapports entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, ou entre le nu-propriétaire et les héritiers de l'usufruitier, mais pour les hypothèses également où il est question de rapports purement obligatoires, comme au cas de vente de la chose, la jouissance de l'acheteur succédant à celle du vendeur, ou au cas de louage; on peut même songer aux rapports entre le propriétaire et le possesseur de bonne foi (art. 993). Comment devait se faire la répartition des fruits entre les deux ayants droit, celui qui avait la jouissance antérieure et son successeur? S'attachera-t-on à la perception effective, ou établira-t-on une répartition proportionnelle à la durée des droits de chacun? Et enfin, lorsque l'article 101 parle d'attribution, il faut observer avec soin qu'il s'agit du droit de bénéficier des fruits, en nature ou en valeur peu importe, et non de leur acquisition réelle en propriété : il ne s'agit pas de savoir qui est devenu propriétaire des fruits et comment on en devient propriétaire, point réglé par les articles 953 et suiv., mais de savoir si celui qui en est devenu propriétaire a le droit de les garder, et inversement si celui qui ne les a pas acquis peut en réclamer une part quelconque comme correspondant à son droit. D'autre part, l'article 101 règle cette question de répartition sans s'occuper de la question d'indemnité, par exemple pour le cas où les fruits seraient attribués à celui qui n'a pas fait les frais de culture, comme il en serait pour le nu-propriétaire qui fait la récolte au décès de l'usufruitier: doit-il rembourser ces frais aux héritiers de ce dernier? Et la question pourrait se poser dans tous les cas où il y a succession de jouissance; elle est tranchée par le Code civil pour chaque hypothèse en particulier (art. 592, 998, 1055, 1421; voir surtout la règle admise en matière de bail à ferme par l'article 492 et la note sous cet article).

§ II. Donc, pour ce qui est uniquement de la question d'attribution, on avait à choisir, au moins pour les fruits naturels, en tant qu'il s'agit des produits organiques de la chose, et en y comprenant ce que l'on entend parfois par l'expression de «fruits industriels», entre trois systèmes très nets : celui du droit commun des *Pandectes*, qui ne s'attache qu'à la séparation, les fruits

d'une époque déterminée, il y a lieu d'admettre comme devant lui revenir, à moins qu'il n'en ait été disposé autrement :

1° Les produits désignés à l'article 99 al. 1 et les parties constitutives, alors même qu'il aurait à les recueillir comme fruits d'un droit, pourvu qu'ils aient été séparés de la chose pendant la durée de son droit;

---

restant à qui a fait la récolte, sauf remboursement des frais de culture; celui des anciennes coutumes germaniques, reproduit par le Code saxon, qui attribue les fruits à qui a fait les frais, et dans la proportion des frais de culture, ce qui revient à distinguer, comme le fait le Code saxon, entre les fruits naturels au sens étroit du mot et les fruits industriels proprement dits : si ces derniers sont touchés non pas par celui qui avait la jouissance antérieure et qui avait fait les frais de culture, mais par celui qui succède à la jouissance et qui touche la récolte, ce dernier doit restituer le produit brut de ce qu'il a touché, sauf à se faire payer ses frais de récolte. C'est le principe allemand : «Qui a semé doit récolter». Enfin restait le système mixte du Code prussien, qui, dans certains cas tout au moins, partage la récolte entre les deux ayants droit successifs, dans les proportions de la durée de leur droit pendant l'année en cours, mais à condition d'entendre cela de l'année économique, ou année agricole, qui court à partir du 1er juillet; de telle sorte que, l'usufruit par exemple finissant au 1er juin, si la récolte se fait entre juin et juillet, les héritiers de l'usufruitier aient droit à la récolte dans la proportion de 11/12, et non de 5/7; ce qui s'éloigne également du système saxon qui leur donnerait le tout, 12/12 (cf. Cos., § 42, p. 130). En dépit de la supériorité de l'un de ces deux derniers systèmes, au point de vue de l'équité (Gierke, *Ent.*, 293), on a consacré le principe traditionnel du droit romain, comme étant le seul qui supprime toute difficulté; le système saxon prêtant le flanc à la chicane et aux procès, et le système prussien ne pouvant se prêter à l'unité législative, vu l'impossibilité de fixer d'une façon uniforme pour toute l'Allemagne le point de départ de l'année agricole, d'autant que cela devrait varier non seulement suivant les pays, mais suivant les récoltes; et peut-être, en dehors des produits du sol, aurait-on dû admettre également une année industrielle, pour les produits de l'industrie, ceux d'une usine, par exemple, lorsqu'ils rentrent dans le droit de jouissance d'un usu-

2° Les autres fruits, en tant qu'ils sont devenus exigibles pendant la durée de son droit; si cependant ces fruits consistent dans la rémunération à recevoir pour l'abandon de l'usage ou de la jouissance, ou qu'ils consistent en intérêts, dividendes et autres revenus à échéances périodiques régulières, la part revenant à l'ayant droit est celle qui correspond à la durée de son droit.

---

fruitier ou autre ayant droit. Pour supprimer toutes ces difficultés, on a accepté la règle romaine traditionnelle (*M.*, III, 71 et suiv.).

§ III. La règle est donc, pour les fruits naturels, c'est-à-dire pour tout ce qui est produit organique et parties constitutives du fonds, que l'attribution en est faite d'après la séparation : donc récolte, s'il s'agit de fruits de la terre; extraction, s'il s'agit de pierres, charbon, minerai; et il n'y a pas à distinguer en principe, et sauf atténuation pour certains cas particuliers (cf. art. 591), si la récolte est faite ou non à une époque anormale, contraire aux usages agricoles; et il en est ainsi des fruits naturels considérés comme fruits d'un droit, comme par exemple s'il s'agissait d'une charge foncière dont les prestations consistassent en produits du fonds. Mais, pour toute autre catégorie de fruits, l'élément décisif d'attribution n'est plus la séparation, mais l'exigibilité au cours de la durée du droit de jouissance, et encore cette règle reçoit-elle une exception considérable pour tous les fruits civils périodiques, loyers, arrérages, intérêts, lesquels, suivant la terminologie française, s'acquièrent jour par jour; l'attribution en est donc proportionnelle à la durée du droit de chacun. Et il faut appliquer cette exception à toutes prestations périodiques autres que celles consistant en produits naturels du sol, alors même qu'elles ne rentreraient pas dans la définition des fruits civils de l'article 99 et que par suite elles ne seraient pas acquises au moyen d'un acte juridique. Ce pourraient être par exemple les fruits d'un droit, tels que les prestations en argent d'une charge foncière. Ce ne sont pas là des fruits acquis à l'occasion de la chose par un contrat ayant cette chose pour objet, comme c'est le cas des fruits civils de l'article 99. Ce sont les fruits d'un droit; mais ils consistent en prestations périodiques, ils seront soumis à la règle de l'attribution proportionnelle. Si donc une prestation annuelle est touchée par l'usufruitier avant l'expiration de son droit et que celui-ci cesse avant la fin de l'année, les héritiers devront compte de la part revenant au nu propriétaire, et réciproquement si c'est ce

Art. 102. Celui qui est obligé à la restitution de fruits peut exiger dédommagement des frais faits en vue de leur production, en tant du moins qu'ils répondent à une exploitation normale et qu'ils ne dépassent pas la valeur des fruits.

Art. 103. Celui qui est obligé de supporter les charges d'une chose ou d'un droit jusqu'à une époque déterminée, ou à partir

---

dernier qui touche la prestation totale à l'expiration de l'usufruit (cf. Pl., § 101-3, et *Pr.*, III, p. 26, V-B). De sorte qu'il reste assez peu d'application pour la règle générale de l'attribution faite d'après l'époque de l'exigibilité; on pourrait songer par exemple aux primes et lots acquis par voie de tirage au sort lorsqu'il s'agit d'actions ou d'obligations sur lesquelles porte un droit d'usufruit, et dans la mesure où l'on déciderait qu'il y eût là un avantage compris dans le droit de jouissance, un profit au sens de l'article 100; de même pour les profits d'une exploitation industrielle, créances, par exemple, se référant à des marchés antérieurs: dans tous ces cas, si ces profits ne sont pas encore touchés à la mort de l'usufruitier, ils restent dus à ses héritiers. (Voir d'autres exemples dans Planck, § 101-3; Eck, *loc. cit.*, p. 115.)

§ IV. Toute cette réglementation pouvant aboutir à des résultats peu satisfaisants, au moins au point de vue de l'équité, la loi réserve l'éventualité de dispositions contraires, soit légales (cf. art. 591-593, art. 1055), soit conventionnelles.

Art. 102. Le principe d'équité formulé par l'article 102 vise les cas où la restitution est imposée par la loi, tout autant que ceux où elle résulte d'une convention, si ce n'est que dans ce dernier cas les clauses du contrat auront pu régler différemment les conditions et l'étendue du remboursement des frais.

Art. 103. Le Code civil a cherché à proportionner les charges afférentes à la jouissance d'une chose ou d'un droit au mode de répartition de cette jouissance elle-même entre deux ayants droit successifs. Mais il n'a pu établir de correspondance exacte que pour les charges périodiques dans leur concordance avec une jouissance comportant des fruits civils à échéances périodiques (art. 101-2°). Toutes ces charges périodiques, impôts, primes d'assurance contre l'incendie ou la grêle, et autres de cette nature, se répartissent entre deux ayants droit successifs d'après la durée de leurs droits, exactement

d'une époque déterminée, doit, à moins qu'il n'en ait été disposé autrement, subir, dans la proportion de la durée de son obligation, les charges à échéances périodiques régulières, et les autres dans la mesure seulement où elles devaient être acquittées pendant la durée de son obligation.

---

comme les fruits civils à échéances périodiques; il en serait ainsi encore des intérêts d'une dette hypothécaire, et également des annuités d'une charge foncière, en corrélation du reste avec celles qui pourraient être comprises dans la jouissance de l'ayant droit (art. 101 et la note § III, *Pr.*, III, p. 25-26). Mais si la jouissance des ayants droit porte sur des fruits naturels, la concordance n'existe plus, puisqu'ils sont répartis d'après le fait de la séparation. Il peut se faire que, des deux ayants droit, le second seulement touche toute la récolte, alors que cependant les charges périodiques se répartiraient entre les deux. Pour toutes celles qui ont un caractère accidentel, comme la charge de contribuer aux frais d'établissement d'un trottoir ou de loger des troupes de passage, elles incombent à celui des deux ayants droit dont la jouissance était en cours lors de l'exigibilité, ce qui correspond au principe général sur l'attribution des fruits civils, autres que ceux à échéances fixes. Mais là encore une discordance se manifestera lorsqu'il y aura lieu à répartition de fruits naturels. Si une charge accidentelle est venue à échéance avant la récolte, celui dont la jouissance était en cours la supportera intégralement, et, si son droit s'éteint avant l'époque normale de la récolte, son successeur bénéficiera de cette dernière, sans avoir eu à subir aucune des charges accidentelles dont l'exigibilité s'est trouvée antérieure à l'ouverture de son droit. Mais il a paru impossible en pratique d'établir une règle de concordance absolue.

SECTION TROISIÈME.

DES ACTES JURIDIQUES.

TITRE PREMIER.

DE LA CAPACITÉ D'EXERCICE DES DROITS.

Art. 104. Est incapable d'exercice des droits :

1° Celui qui n'a pas accompli sa septième année;

Titre Ier. Voir, sur toute cette partie, *Bull.*, 1900, p. 237 et suiv.

Art. 104. § I. On distingue généralement *fait juridique* et *acte juridique* : le premier est tout fait volontaire auquel la loi attache un effet de droit, alors même que la volonté de laquelle il émane n'a ni prévu, ni voulu, ce résultat juridique, comme cela peut arriver en matière de délits et quasi-délits. Le second implique une manifestation de volonté, contractuelle ou unilatérale, peu importe, dirigée en vue d'un effet de droit à atteindre et consacré par la loi. L'article 104 ne vise que la capacité relative à cette seconde catégorie, c'est-à-dire relative aux actes juridiques, afin de bien marquer qu'elle se distingue essentiellement de la responsabilité en matière de délits et quasi-délits. D'autre part, cette capacité relative à l'exercice des droits, ou capacité de participer à un acte juridique, ne doit pas être confondue avec la capacité juridique dont il a été question en matière de personnalité, et qui se réfère à la jouissance même, c'est-à-dire à la possibilité d'avoir des droits et qui est, à proprement parler, la *capacité de droits* ou *capacité de jouissance de droits*. Mais, en tant qu'elle se rapporte à l'exercice des droits, cette capacité juridique ou *capacité d'actes juridiques* comprend les deux points de vue actif et passif; cela revient à dire qu'à propos des actes juridiques, et en tant qu'il s'agirait d'une déclaration de volonté unilatérale, elle se réfère tout aussi bien à la capacité d'émettre et d'adresser cette déclaration qu'à la capacité de la recevoir valablement.

§ II. L'article 104-1° est le complément de l'article 2. La minorité se trouve divisée en deux périodes, dont une période infantile d'incapacité absolue, comme il y a, en matière pénale, une période d'irresponsabilité absolue (cf. art. 828). Pendant cette période, aucune preuve contraire n'est permise, en

2° Celui qui se trouve dans un état de trouble mental de caractère pathologique excluant toute libre disposition

---

ce sens qu'on ne saurait être admis à établir qu'un enfant de moins de sept ans aurait eu en fait la capacité naturelle correspondant à tel acte déterminé; et cela même s'il s'agissait purement et simplement de recevoir une libéralité. Car l'incapacité s'étend même au fait de recevoir une déclaration de volonté (*supra*, § I); et il n'a été admis aucune exception en faveur des donations. D'ailleurs, s'il s'agissait d'une donation véritable, celle-ci étant un contrat proprement dit, il faudrait de la part de l'incapable plus qu'une simple réception de l'offre, réception au sens des articles 130 et 131, mais une véritable acceptation donnée par lui. Il faudrait également étendre cette même solution aux acquisitions de possession dans la mesure où l'on doit reconnaître que ces dernières impliquent encore un élément de volonté chez celui qui devient possesseur (cf. art. 800 al. 1, P[1] actuellement supprimé). A plus forte raison, cette incapacité absolue s'étendrait-elle au testament; l'article 2229 n'a pas eu à le rappeler.

§ III. Après l'incapacité infantile, l'article 104-2° vise l'incapacité naturelle, ou incapacité de fait. Seulement il y en a de deux sortes: ou bien elle dérive d'un état permanent, reconnu et établi, sans qu'il y ait eu pour cela interdiction prononcée; ou bien, sans qu'il y ait aucun état permanent d'incapacité, on peut prétendre, à propos d'un acte particulier, qu'au moment de l'acte il y avait incapacité accidentelle. Cette dernière situation est prévue par l'article 105; la première seule est visée par la disposition de l'article 104. Dans le cas de l'article 105, il y aura donc à prouver l'incapacité au moment de l'acte. Dans celui de l'article 104, il suffira de prouver l'état permanent d'incapacité; et de cette preuve dérivera une présomption d'incapacité, relativement à l'acte accompli dans cette période. Il y a donc là une facilitation de la preuve analogue à celle qui résulte des articles 503 et 504 C. civ. fr., avec cette double différence que, si l'on se contente d'un état habituel de démence, on n'exige pas que cet état soit notoire, et que, d'autre part, cette simplification de la preuve est admise sans qu'il soit nécessaire que l'interdiction ait été prononcée ultérieurement, même au cas de décès de l'incapable. On peut regretter toutefois que le système de notoriété du droit français, qui est de beaucoup plus protecteur des tiers, ait été abandonné, surtout dans une théorie qui, même en matière d'interdiction pour maladie mentale, accepte la nullité comme sanction, au lieu de l'annulabilité. Tout au moins aurait-il fallu permettre, même en

de la volonté, en tant qu'il ne s'agit pas d'un état passager de sa nature;

3° Celui qui est interdit pour maladie mentale.

---

matière d'incapacité, l'application, au profit des tiers, d'un droit à réparation, sur le fondement des dommages-intérêts pour nullité de contrat, sous la forme objective de l'article 122, ou encore une responsabilité délictuelle objective calquée sur celle de l'article 829. Malheureusement tous ces palliatifs font défaut. Restait à définir cet état de morbidité considéré comme devant fonder une présomption d'incapacité: à quelles conditions sera-t-il suffisant pour que cet effet juridique lui soit attaché? Après bien des incertitudes, on s'est décidé à admettre le même criterium que celui de l'article 51 du Code pénal en matière d'irresponsabilité (cf. art. 827). En tant que cet état de morbidité mentale est invoqué comme cause d'interdiction, on se contente d'un criterium purement pathologique (art. 6); en tant qu'il est invoqué comme fondant purement et simplement une incapacité de fait, on exige en outre un criterium psychologique. Il s'agit de définir un état permanent sans doute, mais en vue uniquement d'un acte particulier; et, par suite, ce sont les conditions psychologiques du consentement qui passent au premier plan. En matière d'interdiction, il s'agissait d'établir une incapacité de droit qui dût se maintenir, même en dépit des intervalles lucides qui pourraient survenir; aussi devait-on se contenter d'un état purement pathologique. Ce qui est certain, du reste, c'est qu'il y aura lieu d'interpréter la définition psychologique de l'article 104 conformément à l'évolution des doctrines et des idées, telle qu'elle s'est produite sur l'article 51 du Code pénal. Il y a tout lieu de croire d'ailleurs, une fois prouvé que l'agent était dans un état permanent d'incapacité, état reconnu existant antérieurement et postérieurement à l'acte, et tel que les troubles psychologiques prévus par l'article 104 ne fissent aucun doute, que l'on ne serait pas admis à établir qu'il eût pu se produire intérimairement un intervalle lucide, lequel correspondrait exactement au moment où l'acte a été accompli. Il semble bien, en effet, que la présomption résultant de la preuve de cet état d'incapacité ait la même valeur que celle résultant de l'interdiction. L'individu qui se trouve dans un état permanent de trouble mental est donc un véritable incapable au sens de la loi, même s'il n'a pas été interdit, tandis que, d'après l'article 105, celui qui ne subirait qu'un état de trouble passager ne serait pas légalement un incapable (cf. art. 131 et la note). Toutefois, cette opinion, qui s'oppose, même au cas d'incapacité de fait, à admettre la preuve d'un

Art. 105. La déclaration de volonté d'un incapable d'exercice des droits est nulle.

---

intervalle lucide, a été contestée. Elle l'a été, par exemple, par l'auteur du commentaire de Planck sur les Successions, à propos de l'incapacité testamentaire (Pl., § 2229-1-*b*); en ce sens que, si l'on doit rejeter la présomption de capacité qui semblerait résulter d'un état passager, et le plus souvent purement apparent, de raison et de normalité, on devrait, à l'inverse, admettre cette preuve s'il était médicalement établi que la maladie avait réellement et entièrement cessé, même à supposer qu'elle se reproduise après coup.

§ IV. La troisième cause d'incapacité absolue est l'interdiction, c'est-à-dire l'incapacité de droit. Mais il n'y a que l'interdiction pour maladie mentale qui doive produire cet effet; lorsque l'interdiction est prononcée pour une des autres causes prévues à l'article 6, elle ne produit plus qu'une incapacité restreinte (art. 114). Et, cette fois, la question des intervalles lucides ne peut même pas se poser, pas même pour les actes qui n'admettent pas la représentation, comme le testament.

Art. 105. § I. L'effet de l'incapacité absolue, qu'il s'agisse d'un mineur de moins de sept ans, d'un interdit pour cause d'aliénation mentale, ou d'un individu en état permanent ou habituel de démence (art. 104), sera la nullité absolue de la déclaration et, par suite, de l'acte juridique qui en résulte, et non une simple annulabilité. Et il en sera ainsi, même si l'incapable avait uniquement à accepter une libéralité. C'est que là encore il s'agit d'un contrat, et qu'il s'agit par suite d'une question de consentement. Si, au lieu de consentement proprement dit, il y avait lieu seulement à recevoir une déclaration unilatérale de volonté, la question serait réglée d'après l'article 131. Il faut ajouter enfin, comme correctif à cette rigueur de principe, que, en l'absence du représentant légal, toute personne peut prendre sur elle, spontanément, de représenter un incapable, par exemple pour accepter une donation, sous réserve d'une ratification régulière à intervenir ultérieurement (art. 177, cf. Pl., § 105).

§ II. L'article 105 vise en outre la nullité dérivant de l'incapacité accidentelle; ce qui implique, contrairement à l'hypothèse très voisine de l'article 104 al. 2, que l'on a fait la preuve de cet état d'incapacité au moment même de l'acte. Seulement, le défaut de consentement ne pouvant être prouvé directement, il ne peut ici encore être établi que par voie de présomption, présomption tirée

Est nulle aussi toute déclaration de volonté émise en état d'inconscience ou de trouble mental passager.

Art. 106. Le mineur qui a accompli sa septième année est,

---

d'un état pathologique. Mais cet état pathologique doit être prouvé avoir existé au moment de l'acte, et c'est en cela que cette hypothèse se distingue de celle de l'article 104 al. 2. D'autre part, pour fonder la nullité de l'article 105, on admet, à titre de présomption, la preuve de certains états pathologiques qui ont été exclus de l'article 104 al. 2, en tant qu'il se fût agi d'en tirer la preuve d'un état permanent d'incapacité. Il en est ainsi de l'état d'inconscience ou d'un état de morbidité même purement transitoire. C'est qu'il s'agit de troubles accidentels insuffisants à fonder une incapacité permanente, mais de nature cependant, tant qu'ils durent, à supprimer la validité du consentement. Il y a tout lieu de croire d'ailleurs que, si les états prévus par l'article 105 peuvent différer de ceux de l'article 104 al. 2 par leur durée, ils doivent leur être assimilés au point de vue de leur intensité, et que, par suite, ils devront se caractériser par des effets psychologiques identiques, bien que l'article 105 al. 2 n'ait pas reproduit sur ce point le criterium psychologique indiqué par l'article 104 al. 2, et emprunté à l'article 51 C. Pén. Donc, ce qu'il importe de remarquer, surtout au point de vue de l'application de l'article 131, c'est que tous les individus qui subissent ainsi un état de trouble passager, inconscience, ivresse, hypnose, ne sont pas en état d'incapacité au sens de l'article 104 al. 2; et, par suite, la nullité des déclarations de volonté qui leur seraient adressées n'existe pas de plein droit (art. 131). On se contente de déclarer nulles (art. 105) les déclarations de volonté émanant d'individus qui soient actuellement dans un de ces états de perturbation mentale, et à la condition que cette preuve soit faite pour le moment où l'acte a été passé et la déclaration intervenue. Au sens de la loi, ces individus ne sont pas des incapables.

Art. 106. L'article 106 admet, pour les mineurs de plus de sept ans, le système de capacité restreinte déjà établi par la loi prussienne de 1875 sur la tutelle. Le mineur de plus de sept ans n'est donc pas considéré comme incapable d'exprimer une volonté juridique. Seulement la loi soumet à un système de garanties protectrices les actes accomplis par lui. Sans doute le représentant légal du mineur le représente lorsqu'il agit pour lui et à sa place. Mais, en règle, c'est le mineur qui peut et qui doit agir, pourvu qu'il agisse du consentement de son représentant légal, ou même parfois avec une auto-

dans la mesure des articles 107 à 113, restreint dans sa capacité d'exercice des droits.

Art. 107. Le mineur a besoin, pour une déclaration de volonté

---

risation supplémentaire, émanant du tribunal des tutelles (art. 1643 et suiv., 1812 et suiv., 1821 et suiv.). Même s'il agit seul, l'acte n'est pas nul de droit. Il sera même pleinement valable s'il réalise pour lui une acquisition purement gratuite; et, dans le cas contraire, la validité de l'acte dépend d'une ratification à intervenir de la part du représentant légal. Quant à la sanction de ce défaut de consentement, lorsqu'il est refusé, elle varie elle-même, conformément aux articles 107 à 113.

Art. 107. § I. L'article 107 a pour but de caractériser les actes qui, alors même qu'ils seraient faits par le mineur agissant seul, échapperaient à la nullité, ou plutôt aux sanctions établies par les articles 108 et suivants. Et il suit en cela la tradition romaine relative aux actes d'acquisition gratuite. Pour les définir, il y a lieu de s'attacher, comme en droit romain, à la nature juridique de l'acte, et non à ses résultats économiques; ainsi la vente ne serait jamais un acte de ce genre, alors même qu'elle réaliserait en fait pour le mineur un bénéfice considérable. Mais, à l'inverse du droit romain, l'acte doit être apprécié dans son ensemble, comme un acte unique, au lieu d'être décomposé dans ses éléments et envisagé dans chacun de ses résultats réciproques pris isolément. Si donc il s'agissait d'un payement fait au mineur, il ne faudrait pas dire, comme à Rome, que celui-ci acquerrait la chose sans perdre son droit de créance, mais que l'acte tout entier serait invalidé sous les conditions des articles 108 et suivants; sauf toutefois si la créance se trouvait inexistante. Dans ce cas, l'acte se trouverait constituer un pur avantage juridique, suivant les termes de l'article 107; et le mineur ne serait tenu que sur le fondement de l'enrichissement sans cause (art. 812; cf. art. 814). Mais l'application de l'article 107 se ferait sans contestation possible à l'acceptation d'une donation.

§ II. L'autorisation du représentant légal est une autorisation préalable, au sens de l'article 183. Elle peut être donnée soit au mineur, soit au tiers. Ce n'est pas, du reste, un élément se rattachant à l'essence même de l'acte, mais une condition de son efficacité. Si elle fait défaut, la sanction qui s'y réfère se trouvera différente, selon les cas, comme on le verra aux articles 108 et 111. Il faut ajouter, d'ailleurs, qu'il y a des actes que le mineur peut toujours faire valablement seul: ce sont ceux qui n'admettent pas la repré-

par laquelle il n'acquiert pas exclusivement un avantage juridique, de l'autorisation de son représentant légal.

Art. 108. Si le mineur conclut un contrat sans l'autorisation

---

sentation et ne peuvent être accomplis qu'en personne, par exemple le testament, lorsqu'il devient permis au mineur, ce qui arrive lorsque celui-ci a plus de seize ans (art. 2229).

Art. 108. § I. L'article 108 traite des effets du défaut d'autorisation, et par suite de la sanction qui s'y trouve attachée, lorsqu'il s'agit de contrat. Cela implique, bien entendu, qu'il s'agisse de contrats exigeant une autorisation, donc ne devant pas procurer un pur avantage gratuit, ce qui comprendra tous les contrats synallagmatiques; car il n'y a guère que la donation qui rentre dans les conditions de l'article 107. On aurait pu croire que l'article 108 visait tous les contrats sans distinction; mais tout le monde est d'accord pour l'interpréter sous réserve de l'application de l'article 107. Ceci posé, il s'agissait d'établir la sanction pour les contrats exigeant une autorisation. Cette sanction n'est pas la nullité immédiate. Ce n'est pas non plus l'annulabilité au sens où le mot est pris dans l'article 119 (cf. art. 142 et 143). Ce sera bien encore une nullité absolue, mais subordonnée à une condition, le refus de ratification. Le texte ne parle pas de nullité, mais d'inefficacité. Le sort du contrat, validité ou nullité, reste en suspens; et d'ailleurs, la solution définitive à intervenir dépend bien encore, comme dans la nullité relative du droit français, de l'intervention du représentant légal du mineur, ou de celui-ci devenu majeur, ou plutôt devenu capable; seulement cette intervention, au lieu de se produire pour faire tomber l'acte, sous forme d'action en nullité, se produira en vue de le valider, sous forme de ratification. Il y aura à cela certains intérêts pratiques relativement au tiers qui a contracté avec le mineur, comme on le verra sous l'article 109.

§ II. Cette période d'incertitude ou de suspension ne cessera donc que par le fait d'une manifestation de volonté, ratification ou refus de ratification, émanant du représentant légal. Mais le tiers aura droit, pour sortir d'incertitude, d'inviter les intéressés à opter entre les deux partis, et dans ce cas la décision du représentant légal ne pourra intervenir que sous forme de déclaration expresse adressée au tiers. Lorsqu'il n'y a pas eu cette sorte de sommation, cette décision peut se produire sous forme d'une déclaration tacite et se trouver

requise de son représentant légal, l'efficacité du contrat dépend de l'approbation du représentant.

Si l'autre partie invite le représentant à faire sa déclaration au sujet de l'approbation, la déclaration ne peut être faite qu'envers elle; toute approbation ou tout refus d'approbation déclarés envers le mineur avant cette invitation deviennent inefficaces. L'approbation ne peut être déclarée que jusqu'à l'expiration d'un délai de deux semaines à partir de la réception de l'invitation; si elle n'est pas déclarée, elle est réputée refusée.

Lorsque le mineur est devenu pleinement capable d'exercice des droits, son approbation remplace celle du représentant.

---

donnée, conformément à l'article 182, soit à l'égard du tiers, soit même à l'égard du mineur. Par exemple, s'il s'agit d'un achat fait par le mineur, le représentant de ce dernier peut avoir consenti à ce que le mineur prît possession de la chose et qu'il en disposât. C'est une ratification tacite à l'égard du mineur. Le tiers a le droit de s'en prévaloir. Mais, s'il y a eu sommation, la loi ne tient compte que d'une décision qui soit personnellement adressée au tiers, même si antérieurement il y avait eu ratification à l'égard du mineur. C'est que la sommation a pour effet, en même temps que d'imposer un délai fixe en vue de faire cesser l'incertitude, d'écarter toute difficulté de preuve relativement à la décision prise par le représentant du mineur; et dans ce cas, pour que la situation soit nette des deux côtés, celui-ci, même s'il avait déjà ratifié antérieurement, sous forme de manifestation de volonté tacite à l'égard du mineur, a droit de revenir sur sa décision, afin de formuler à l'égard du tiers une réponse définitive. C'est au tiers à courir le risque, puisque c'est de lui que dépend la sommation. Bien entendu, il n'en est plus ainsi lorsque, au lieu de ratification, il s'agit de l'autorisation préalable exigée pour la validité du contrat. Celui-ci est valable *ab initio* et ne dépend plus d'aucune décision à intervenir ultérieurement.

§ III. Une fois la décision prise, elle a effet rétroactif, conformément à l'article 184. Si donc la ratification intervient, le contrat sera censé s'être formé, et s'être formé valablement, à la date même à laquelle il a été passé. Cette rétroactivité est soumise d'ailleurs à certaines réserves à l'égard du tiers, par application du droit commun de l'article 184.

Art. 109. Jusqu'à l'approbation du contrat, l'autre partie a le droit de révocation. La révocation peut aussi être déclarée envers le mineur.

Si l'autre partie a connu la minorité, elle ne peut révoquer que lorsque le mineur, contrairement à la vérité, s'est prévalu de l'autorisation de son représentant; elle ne peut révoquer,

---

Art. 109. § I. Il y avait lieu de se demander si, par analogie du système de nullité relative du droit français, le représentant du mineur allait rester seul maître du contrat (cf. art. 108, note § I). On considéra que la seule conséquence nécessaire exigée pour la protection du mineur était que le tiers ne pût pas imposer à celui-ci un contrat qui lui serait désavantageux; mais que, du moment que le mineur gardait le droit de révoquer, il fallait, pour qu'il y eût égalité de situation entre les deux parties, que le tiers pût en faire autant. Le droit de sommation de l'article 108 n'était pas suffisant. Ce droit de révocation suppose d'ailleurs que le tiers a été victime d'une erreur relativement aux conditions de validité du contrat; sinon le droit de révocation serait exclu. Enfin il ne peut intervenir que tant qu'il n'y a pas eu ratification, et l'on sait que la ratification tacite à l'égard du mineur est admise comme suffisante (art. 108). De plus, ce sera au tiers à prouver qu'il a droit de révoquer, donc qu'aucune ratification n'est intervenue; il est vrai que, si le tiers ne rapporte pas la preuve d'une déclaration qui lui ait été adressée, refus de ratification par exemple, il sera difficile de ne pas admettre à l'encontre du représentant du mineur une présomption de non-ratification qui mette à sa charge l'obligation d'établir qu'il y avait eu de sa part ratification tacite envers le mineur (Pl., § 109).

§ II. Pour ce qui est de cette révocation de la part du tiers, elle se réalisera par voie de déclaration unilatérale (art. 130 et 131), laquelle, contrairement à la disposition de l'article 131, pourra être valablement adressée eu mineur. Il est vrai que cette déclaration se trouverait inefficace s'il était établi que le représentant eût déjà ratifié l'acte, sauf question de preuve comme il a été établi *supra*. Mais si le tiers eût fait sommation préalable et qu'à ce moment le représentant n'eût pas renouvelé sa ratification, il semble bien que, cette dernière devenant non avenue (art. 108), le tiers reprendrait le droit de révoquer. Pour soutenir le contraire, il faudrait considérer la sommation de l'article 108 comme impliquant renonciation au droit de révocation : cette présomption n'a certainement pas été dans la pensée du Code civil.

même dans ce cas, si le défaut d'autorisation lui était connu au moment de la conclusion du contrat.

Art. 110. Un contrat conclu par le mineur sans l'assentiment de son représentant légal est réputé avoir été efficace dès l'origine, lorsque le mineur effectue la prestation, telle qu'elle résulte du contrat, avec des ressources qui lui ont été remises dans ce but ou à sa libre disposition, soit par son représentant, soit par un tiers avec l'assentiment de ce dernier.

Art. 110. L'article 110 vise les hypothèses où il y a, en quelque sorte, autorisation préalable tacite, comme c'est le cas lorsque le représentant du mineur remet à ce dernier des fonds en vue d'un emploi déterminé, par exemple pour ses dépenses d'entretien, s'il s'agit d'un apprenti ou d'un étudiant, ou même sans affectation fixe, comme il en est pour ce que l'on désigne sous le nom d'« argent de poche ». Rigoureusement, toutefois, cette autorisation préalable ne viserait à proprement parler que l'emploi conforme à la destination voulue, donc les actes d'aliénation, et non les contrats en exécution desquels l'aliénation interviendrait; il en fût résulté qu'un payement aurait pu être valable, sans que la dette en vertu de laquelle il fût intervenu pût être validée autrement que sous les conditions de l'article 108. C'eût été un payement sans cause. Il fallait donc obvier à cette contradiction, et cependant on n'a pas voulu de plein droit et d'une façon générale valider par avance tous les contrats passés en vue de l'emploi auquel les fonds étaient affectés; car, d'une part, il pourrait se faire que les engagements ainsi pris par le mineur se trouvassent dépasser le montant de ses ressources, et, d'autre part, on aurait abouti ainsi à valider et à encourager les opérations à crédit. Le système adopté consiste donc à subordonner la validité des actes ainsi passés par le mineur à l'exécution qui en est faite avec les ressources mises à la disposition du mineur en vue de cette destination, ou encore en vue d'un emploi indéterminé. C'est donc encore l'emploi des fonds, emploi conforme à leur affectation, qui valide le contrat : il vaut ratification, comme au cas de l'article 108. Cela revient à valider toutes les opérations au comptant payées avec les fonds affectés au but auquel cette opération correspond, alors même que celle-ci se trouverait en soi excessive ou désavantageuse, et à valider même les opérations à crédit dès qu'elles sont exécutées dans les mêmes conditions.

Art. 111. Un acte juridique unilatéral que le mineur accomplit sans l'autorisation requise du représentant légal est inefficace. Si le mineur, avec cette autorisation, accomplit un acte de cette nature envers une autre personne, l'acte juridique est inefficace, si le mineur ne produit pas l'autorisation sous forme écrite et que l'autre partie, sur ce motif, repousse l'acte juridique sans retard. Le

---

Art. 111. § I. L'article 111 traite de la sanction du défaut d'autorisation lorsqu'il s'agit d'actes juridiques unilatéraux. Ceux-ci se réalisent par une déclaration de volonté; et l'on verra que les déclarations de volonté peuvent être de deux sortes. Les unes n'ont pas à être adressées à la personne ou aux personnes à l'égard desquelles elles peuvent produire un effet de droit, par exemple une acceptation d'hérédité, un acte d'occupation ou d'abandon de possession; les autres, tels qu'une offre de contrat, un congé, une résiliation, doivent être adressées au tiers intéressé. Un acte juridique unilatéral pourra donc impliquer une déclaration de l'une ou l'autre des deux catégories. Or l'article 111 ne s'occupe pas de la validité de la déclaration en elle-même, mais de l'effet juridique qu'elle doit produire, c'est-à-dire de l'acte juridique qui doit en résulter. La valeur de la déclaration est donc indépendante de l'autorisation préalable; mais il n'en est plus de même de l'acte qui en dépend. S'agissant d'un acte juridique unilatéral, si l'autorisation n'a pas été donnée, quelle serait la sanction qui dût en résulter? A cette question, l'article 111 donne la réponse en se plaçant au point de vue actif seulement, c'est-à-dire par rapport aux actes de ce genre émanant du mineur, et non, au point de vue passif, par rapport à ceux qui lui seraient adressés et accomplis vis-à-vis de lui (art. 131). Ceci posé, et en tant qu'il s'agit d'un acte fait par le mineur, l'article 111 indique quelle sera la sanction du défaut d'autorisation, lorsque cette dernière était requise, c'est-à-dire en tant qu'il ne s'agirait pas d'une déclaration de volonté devant avoir pour effet de réaliser à son profit une pure acquisition gratuite (art. 107), comme par exemple au cas d'appropriation d'une chose mobilière n'appartenant plus à personne (art. 958). Il semble bien, d'ailleurs, que cette disposition, à elle seule, n'aurait pas suffi à annuler le testament fait par un individu de capacité restreinte, puisqu'il a fallu un texte spécial pour annuler le testament du mineur de moins de seize ans et celui de l'interdit pour faiblesse d'esprit ou prodigalité (art. 2229). Cela vient, soit de ce que l'article 111

droit de repousser l'acte serait exclu si le représentant avait fait connaître à l'autre partie son autorisation.

---

n'annule que l'acte juridique, et non la déclaration qui lui sert de fondement, soit plutôt de ce qu'il ne vise que les actes juridiques susceptibles d'être faits avec autorisation, ce qui n'est pas le cas du testament.

§ II. La sanction en pareil cas du défaut d'autorisation préalable, et quel que soit le caractère de la déclaration, est la nullité absolue immédiate ou plutôt, comme dit le texte, l'inefficacité de l'acte, et non la nullité conditionnelle de l'article 108; s'agissant d'un acte pour lequel le tiers n'a pas à intervenir, en tant qu'il n'a aucun consentement à donner, comme lorsqu'il s'agit de contrat, on n'a pas voulu soumettre le tiers intéressé à la période d'incertitude de l'article 108, même tempérée par le droit de révocation de l'article 109. Donc, même après réception, s'agissant d'une déclaration impliquant réception, le tiers peut encore établir qu'il n'y avait pas eu autorisation préalable, et faire reconnaître la nullité; la ratification postérieure serait sans effet. Il resterait toutefois que le fait de la réception établirait à l'encontre du tiers une présomption de fait en faveur de l'autorisation préalable, sans qu'elle impliquât, bien entendu, intention de renoncer à la nullité. Cette présomption serait, en effet, d'autant plus autorisée que, pour les déclarations impliquant réception, l'article 111 confère au tiers un droit complémentaire, celui de refuser la réception; et c'est sous ce rapport, et à ce point de vue seulement, qu'il y a lieu, en ce qui touche l'objet de l'article 111, de distinguer entre les deux catégories de déclarations, suivant que l'acte juridique se réalise par une déclaration adressée ou non à l'intéressé.

§ III. Lorsqu'il s'agit de déclarations qui doivent être adressées au tiers intéressé, ce dernier a le droit, en effet, d'exiger que l'autorisation préalable lui soit présentée, ou rapportée, sous forme écrite. Si donc l'autorisation ainsi demandée n'est pas produite, la loi donne au tiers le droit de refuser de prendre réception, donc de repousser la déclaration et de la tenir pour non avenue; de sorte que, pour un acte juridique de ce genre, lorsqu'il émane d'un mineur, il ne suffit pas, pour qu'il soit valable, qu'il y ait eu autorisation préalable : il faut encore que cette autorisation soit donnée sous forme écrite (art. 126) et qu'elle soit présentée sous cette forme à celui auquel est adressée la déclaration. Cependant la nullité n'est acquise de ce chef que si ce dernier refuse sans retard (art. 121) de recevoir la déclaration. S'il a consenti à

Art. 112. Si le représentant légal, avec approbation du tribunal des tutelles, habilite le mineur en vue de l'exploitation indépendante d'une entreprise de caractère lucratif, le mineur est plei-

---

la recevoir, il ne pourrait plus arguer l'acte de nullité, du moment qu'il y avait eu autorisation, sous prétexte que celle-ci ne lui aurait pas été présentée par écrit. Mais, s'il a exercé son droit de rejet, il peut se prévaloir de la nullité, même si l'autorisation avait été donnée. Il y aurait exception à ce droit de refus de réception, si l'autorisation, même à défaut de présentation sous forme écrite, avait été communiquée directement au tiers par le représentant du mineur, sauf à ce dernier l'obligation d'en faire la preuve. C'est donc au point de vue de ce droit de refus de réception, ou droit de rejet, sous les conditions qui viennent d'être indiquées, qu'il y a lieu de distinguer, en cette matière, entre les deux catégories de déclarations.

Art. 112. § I. L'article 112 a pour but de faciliter aux mineurs l'exercice de professions ou entreprises de petite importance, exigeant toutefois le maniement des affaires, et sans que l'on soit obligé de recourir à l'émancipation totale de l'article 3. Le système adopté est celui d'un élargissement de capacité, en ce sens que l'on donne au mineur pleine capacité pour un cercle d'affaires déterminé. Il ne s'agit pas, comme dans l'article 110, d'une autorisation générale tacite pour tous les actes nécessités par la profession ou l'entreprise exercée par le mineur, et qui dériverait de l'autorisation donnée par le représentant légal en vue de cette entreprise elle-même, car cette autorisation tacite aurait pu toujours être révoquée pour un acte particulier, sans qu'il fût besoin pour cela de retirer l'autorisation relative à l'exercice de la profession ou de l'entreprise; et, d'autre part, le mineur n'aurait pas été habilité par le fait même à plaider en justice pour les affaires se rapportant à son cercle d'opérations. S'agissant d'un accroissement de capacité, le retrait d'autorisation ne pourra être que général, dans les conditions de l'article 112 *in fine;* et le mineur pourra agir en justice conformément à l'article 51, C. Proc. all. Enfin le représentant légal ne pourrait plus agir par voie de représentation pour les actes rentrant dans la sphère de la capacité accordée au mineur. Toutefois cette pleine capacité, même ainsi circonscrite à une sphère déterminée, n'est pas encore assimilée de tous points à celle qui dériverait d'une déclaration de majorité (art. 3), puisqu'on réserve encore l'intervention du tribunal des tutelles pour les actes pour lesquels de droit commun

nement capable d'exercice des droits pour tous les actes juridiques que comporte l'exploitation de l'entreprise. Sont exceptés les actes juridiques pour lesquels le représentant a besoin de l'approbation du tribunal des tutelles.

L'habilitation ne peut être retirée par le représentant qu'avec approbation du tribunal des tutelles.

Art. 113. Si le représentant légal habilite le mineur en vue d'un

---

elle se trouve requise. Ce système, en somme, est celui qu'on pourrait désigné sous le nom de «système de l'habilitation professionnelle».

§ II. Il faut entendre le mot «habilitation professionnelle» au sens le plus large, qu'il s'agisse d'exploitation industrielle ou agricole, ou même de professions purement libérales ou artistiques; mais l'expression ne s'appliquerait plus aux professions, comme celle d'ouvrier ou de domestique, qui n'exigent plus aucun maniement d'affaires à proprement parler, et qui sont visées non plus par l'article 112, mais par l'article 113.

Art. 113. § I. Les contrats de travail ou de services ne rentraient pas sous la disposition de l'article 112. Et cependant, en pareil cas également, il importait de laisser au mineur sa pleine indépendance pour traiter des conditions de l'engagement, et aussi pour l'exécution des obligations qui s'y rapportent. Aussi a-t-on admis à cet égard, et sur ce point, une nouvelle extension de capacité. L'habilitation visant les engagements ainsi spécifiés vaut accroissement de capacité comme dans le système de l'article 112, sous réserve de certaines différences qui vont être indiquées. De ce qu'il y a extension de capacité, il en résulte que le représentant légal ne pourrait pas intervenir pour s'opposer, sous prétexte de révocation d'une autorisation spéciale tacite, à une clause de l'engagement qu'il jugerait contraire aux intérêts du mineur, voire même à sa santé ou à ses intérêts moraux, en dépit du droit conféré sur ce point par l'article 626. Il ne pourrait le faire qu'en révoquant l'habilitation générale donnée par lui, relativement au droit d'exercer telle profession ou de conclure tel engagement (cf. note sous art. 112). En outre, il résulte du même principe que le mineur est habilité à agir en justice pour les difficultés se rapportant à l'engagement qu'il avait conclu.

§ II. Toutefois, à la différence de l'article 112, les professions visées par l'article 113 ne comportant plus un cercle d'opérations juridiques indétermi-

engagement de services ou de travail, le mineur est pleinement capable d'exercice des droits pour tous les actes juridiques concernant la formation ou la cessation d'un rapport de services ou de travail de l'espèce permise, ou pour l'exécution des obligations nées d'un rapport de cette nature. Sont exceptés les contrats pour lesquels le représentant a besoin de l'approbation du tribunal des tutelles.

L'habilitation peut être retirée ou restreinte par le représentant.

Si le représentant légal est un tuteur, l'habilitation, si elle est refusée par lui, peut, à la requête du mineur, être suppléée par le tribunal des tutelles. Le tribunal des tutelles a mission de suppléer l'habilitation, lorsqu'elle est dans l'intérêt du pupille.

L'habilitation accordée pour un cas particulier est réputée, dans le doute, valoir habilitation générale pour la formation de rapports similaires.

---

nées, il a fallu, en ce qui les concerne, viser les actes auxquels s'étendrait cette habilitation, et par suite cette extension de capacité. Ce sont tous ceux relatifs au contrat par lequel se forme l'engagement et, en outre, tous ceux qui se référeraient à l'exécution des obligations réciproques résultant de l'engagement ainsi conclu, tout ce qui serait relatif au payement, par exemple, et même à une remise de dette ou à une transaction entre les parties. En outre, pour les professions visées à l'article 113, l'habilitation peut être spéciale à un engagement déterminé, bien que, dans le doute, on présume qu'il s'agisse d'habilitation générale à exercer telle profession, et par suite à conclure tous les engagements successifs qui peuvent s'y rapporter. Mais les différences principales avec les hypothèses visées à l'article 112 consistent dans le rôle attribué par l'article 113 au tribunal des tutelles. Tout d'abord on n'exige plus son intervention pour l'habilitation aux engagements prévus par le texte, bien que, pour les clauses particulières du contrat qui, de droit commun, exigeraient, comme celle prévue à l'article 1822 al. 7, l'autorisation de justice, cette dernière soit maintenue; mais d'autre part, si le tribunal des tutelles n'a plus d'intervention obligatoire, on lui donne, à l'encontre de ce qui est admis au cas de l'article 112, une intervention subsidiaire, pour le cas où le tuteur refuserait l'autorisation d'engagement. Toutefois, ce rôle supplétif n'est plus admis si le représentant légal était le père, agissant en vertu de la puissance parentale.

Art. 114. Celui qui, pour cause de faiblesse d'esprit, de prodigalité ou d'état d'ivresse habituelle, a été interdit, ou qui, confor-

---

Art. 114. § I. L'article 114 consacre la distinction, déjà annoncée en note sous l'article 6, entre les différentes causes d'interdiction, au point de vue de l'incapacité qui en résulte. Celles dont il est question à l'article 114, par opposition à celle de l'article 104, ne produisent plus qu'une demi-incapacité. On a considéré qu'en dehors de l'interdiction pour maladie mentale il n'y avait plus, pour les autres causes d'interdiction, qu'une mesure de protection fondée sur la présomption d'une capacité restreinte, et non d'une capacité entièrement supprimée. Il y aura donc lieu, à ce point de vue, de distinguer entre «maladie mentale» et «faiblesse d'esprit», ce qui, d'après l'état de la science en matière de psychiatrie et de pathologie, serait reconnu à peu près impossible, si l'on avait la prétention d'établir des différences de caractères essentiels et spécifiques entre ces deux états. Mais le juge, étant donnée la distinction admise en ce qui touche les effets, se placera à un point de vue purement pratique, et tiendra compte de l'élément quantitatif beaucoup plus que de l'élément qualitatif. Toute perturbation mentale qui lui paraîtra ne devoir produire en fait qu'une restriction de capacité sera qualifiée sans doute de «faiblesse d'esprit», sans qu'il y ait à rechercher si en elle-même elle devrait être considérée comme un état de maladie mentale d'après l'article 104, ou un état de faiblesse d'esprit d'après l'article 114. Ce système d'appréciation sera à peu près l'analogue de celui qui s'est établi en pratique, au point de vue pénal, entre les cas d'irresponsabilité absolue et ce que l'on est convenu d'appeler les «états de responsabilité partielle». Ce système d'assimilation entre ces demi-incapables et les demi-incapables pour cause de minorité reçoit cependant une exception sur un point: c'est en ce qui concerne le testament permis aux mineurs à partir de seize ans, mais complètement interdit aux demi-incapables de l'article 114, réserve faite de ceux visés par l'article 1906 (cf. art. 2229).

§ II. Les hypothèses de l'article 1906, admises comme devant produire également une incapacité partielle, sont celles qui peuvent donner lieu à la tutelle provisoire; et cette dernière a pour but de faire accorder d'urgence à l'incapable la protection dont il a besoin sans attendre l'issue de la procédure d'interdiction, et afin précisément d'obvier aux dangers résultant des lenteurs de l'instance. Il fallait de toute nécessité que l'on pût par avance atteindre les actes ainsi passés avant l'interdiction. Aussi cette tutelle provisoire n'a lieu

mément à l'article 1906, a été mis en tutelle provisoire, est assimilé, quant à la capacité d'exercice des droits, à un mineur qui a accompli sa septième année.

---

que dans le cas où l'interdiction est demandée, donc pour toutes les causes pour lesquelles l'interdiction peut être prononcée, mais à condition que la procédure soit ouverte. Cette tutelle provisoire permettra la nomination d'un tuteur investi d'un mandat général d'administration; mais, de plus, ce qui la distingue de la curatelle de l'article 1910, elle entraînera incapacité partielle, analogue à celle qui frappe le mineur de plus de sept ans. L'intérêt pratique consistera à permettre l'annulation des actes ainsi passés antérieurement à l'interdiction, sans qu'il y ait à fournir les preuves exigées, soit par l'article 105, soit même par l'article 104-2°. Mais cette facilité de preuve ne s'applique qu'aux actes intervenus depuis l'ouverture de l'instance en interdiction; pour ceux qui seraient antérieurs, il n'y aurait d'autre ressource que celle d'établir l'incapacité de fait dans les conditions de l'article 105, ou plutôt sous les conditions bien autrement favorables de l'article 104-2°. D'autre part, il faut remarquer que cette tutelle provisoire ne produira jamais qu'une demi-incapacité, même lorsqu'elle s'applique à un dément, pour lequel, une fois l'interdiction admise, il y aura incapacité absolue (art. 104-1°). Seulement on pourrait toujours, en pareil cas, même pour les actes antérieurs passés pendant la tutelle provisoire, aboutir aux effets de l'incapacité absolue en fournissant les preuves supplémentaires de l'article 104-2°. Cette restriction dans les effets de la tutelle provisoire, même lorsqu'il s'agit de démence, s'imposait par une double raison : la première, parce que, vu l'imprécision relative aux différences à établir entre maladie mentale et faiblesse d'esprit, il pourra très bien arriver qu'une interdiction demandée pour maladie mentale se transforme, puisqu'il n'y aura là surtout qu'une différence de degré, en une interdiction pour faiblesse d'esprit; et la seconde est que cette tutelle, au lieu d'être prononcée par la juridiction saisie de la procédure d'interdiction, celle cependant qui a toutes les pièces en mains, doit être demandée au tribunal des tutelles, qui est bien en effet la juridiction de droit commun en cette matière, mais dont la procédure, par cela seul qu'elle est plus rapide et plus simplifiée, ne présente pas les mêmes garanties. Toute cette importante théorie permettra de mieux faire la comparaison, déjà esquissée en note sous l'article 104, avec le droit français, qui, en dehors du cas de placement dans un

Art. 115. Si une résolution prononçant l'interdiction (1) est mise à néant à la suite d'une action en annulation, l'efficacité des actes juridiques accomplis par ou envers l'interdit ne peut être mise en question sur le fondement de cette résolution (1). Pour ce qui est de l'efficacité des actes juridiques accomplis par ou envers le représentant légal, la mise à néant de la résolution (1) n'a aucune influence.

Ces règles reçoivent application correspondante lorsque, au cas de tutelle provisoire, la requête à fin d'interdiction a été retirée, ou rejetée par une décision ayant acquis force de chose jugée, ou que la résolution (1) prononçant l'interdiction a été mise à néant à la suite d'une action en annulation (2).

---

asile d'aliénés (art. 39, loi du 30 juin 1838), n'admet de restrictions à la capacité, malgré l'art. 497 C. civ. fr., que sous les conditions des art. 503 et 504.

Art. 115. (1) Le mot «résolution» doit s'entendre ici au sens d'une sentence judiciaire, comme il a été dit en note sous l'article 3.

(2) L'interdiction peut être attaquée et annulée dans les délais fixés au Code de procédure (art. 605 et suiv.). Si l'annulation est prononcée, elle a effet rétroactif en ce qui touche la capacité de celui à l'égard duquel l'interdiction avait été admise, et non en ce qui concerne le mandat conféré à son représentant légal. D'où il suit que les actes passés par celui qui avait été interdit, ou ceux émanant de tierces personnes et devant avoir leur effet à son égard, en tant qu'ils lui fussent personnellement adressés ou qu'ils fussent conclus avec lui, se trouveront valables, conformément au droit commun, sauf application possible des dispositions des articles 105-2° et 104-2°; et de même seront valables, puisque son mandat reste valable, les actes du tuteur et ceux qu'il aurait reçus pour l'interdit. Et il en sera de même des effets attribués à la tutelle provisoire, dans tous les cas où il y a renonciation à l'interdiction, ou rejet de l'interdiction ou enfin annulation de cette dernière: le mandat du tuteur subsiste pour le passé, mais les effets relatifs à la restriction de capacité sont rétroactivement effacés. Les effets de la décision du tribunal des tutelles, admettant la tutelle provisoire, restent donc subordonnés à la décision à intervenir de la part de la juridiction saisie de la procédure d'interdiction; par là se trouve écarté le conflit possible entre les deux juridictions.

TITRE DEUXIÈME.

DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ.

Art. 116. Une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que l'auteur de la déclaration se réserve secrètement de ne

---

Titre II. Voir à la bibliographie générale tous les ouvrages sur la partie générale du Code civil et pour les études de doctrine, antérieures au Code civil, Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft;* Leonhard, *Irrthum bei nichtigen Verträgen;* Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin.* Pour les travaux sur le Code civil : Sal., *Décl.;* Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte;* O. Bülow, *Das Geständnissrecht*, p. 107 et suiv.; Isay, *Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem B. G. B.*, et, du même, *Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem B. G. B.* dans *Iher. Iahr.*, xliv, 43; Jacobi, *Recht, Sitte und Sittlichkeit*, dans *Iher. Iahr.*, 1900, p. 69 et suiv.; Lenel, *Der Irrthum über wesentliche Eigenschaften*, dans *Iher. Iahr.*, 1902 (cité en abréviation *Len.*), et Hellmann, *Zur Lehre von den Willenserklärungen* dans *Iher. Iahr.*, xlii, 413 et suiv.

Art. 116. § I. L'article 116 ouvre la série des dispositions relatives aux actes juridiques, c'est-à-dire aux faits constitutifs de rapports de droit, en tant que ces faits sont des actes de volonté privée. Tout acte de volonté émis en vue de créer un rapport de droit est un fait juridique, si cet acte, en tant qu'acte de volonté, est valable; il est de plus un acte juridique, si la loi lui reconnaît le pouvoir de produire les effets de droit voulus par celui de qui il émane. Parmi ces actes juridiques, le principal est la convention, ou le contrat, lequel exige deux volontés qui s'accordent sur un même point. D'autres produisent leurs effets sur le fondement d'un acte de volonté purement unilatéral, par exemple une acceptation de succession, un testament, une déclaration de congé ou de résiliation. Ce sont les actes juridiques unilatéraux. Donc, le premier élément de tout acte juridique est une manifestation de volonté valable; s'il s'agit de contrat, il faut deux manifestations de volonté et, de plus, que ces deux volontés s'accordent sur le même point. Les conditions de cet accord de volonté forment la caractéristique propre du contrat, dont il sera traité aux articles 145 et suivants. Mais il importait, avant d'y

pas vouloir ce qui a été déclaré. La déclaration est nulle lorsqu'elle est émise envers un autre et que ce dernier connaît la réserve mentale dont elle a été l'objet.

---

arriver, d'étudier chaque manifestation de volonté en elle-même, d'indiquer à quelles conditions elle est valable en tant que fait juridique ayant une valeur légale, et à quelles conditions ce fait juridique produit les effets qu'il avait en vue, c'est-à-dire constitue un acte juridique. La première condition est relative à la volonté : il faut que l'expression qui en est donnée réponde à une volonté réelle chez celui qui l'a émise. La question était de savoir si tout acte de volition, pourvu que la preuve en soit faite, dirigé vers un résultat juridique à atteindre, serait une manifestation de volonté ayant la valeur d'un fait juridique, c'est-à-dire dont la loi tienne compte pour en faire un acte juridique. Sous ce rapport, le Code civil allemand accepte un système particulier, désigné sous le nom de «théorie de la déclaration de volonté». De là le chapitre qui s'ouvre, consacré à la déclaration de volonté.

§ II. D'après le Code civil allemand, l'intention purement interne, même s'il est établi qu'elle soit déjà irrévocable, n'est pas un fait dont la loi tienne compte. Ce n'est pas un fait juridique. Il faut de plus qu'elle soit manifestée à l'extérieur par des procédés qui lui donnent une expression désormais ineffaçable et indépendante de celui qui l'a émise. Cette manifestation, à elle seule, ne suffit pas encore; il faut qu'elle ait été réalisée avec la volonté spéciale de se produire à l'état d'acte juridique définitif, ayant une valeur positive aux yeux de la loi : c'est ce que le Code entend en disant que la volonté doit être déclarée. Ce sont les trois stades de l'expression juridique de la volonté : acte de volition, manifestation de volonté, déclaration de volonté; cette dernière est la forme juridique donnée à la manifestation extérieure de la volonté. Il ne suffirait donc pas qu'une volonté même formelle de produire tel ou tel acte juridique se fût manifestée comme une volonté acquise, il faut qu'il résulte des procédés de manifestation employés que son auteur ait voulu en la manifestant réaliser à ce moment même un acte juridique. De sorte que la question de savoir s'il y a déclaration proprement dite dépend des procédés de manifestation de la volonté, suivant que d'après l'usage ou non ils tendent à exprimer une volonté juridique (cf. Isay, *loc. cit.*, dans *Iher. Iahr.*, xliv, p. 59-60). Par suite, cette volonté n'ayant de valeur aux yeux de la loi que par la déclaration, il en résulte que la loi ne doit connaître de cette volonté que ce que celui de qui elle émane a voulu mettre dans la déclaration : c'est

ce que le Code appelle le «contenu de la déclaration». Les dispositions acceptées par la loi comme formant l'objet de la volonté sont uniquement celles que le déclarant a voulu mettre dans sa déclaration; elles en forment le contenu. Il est possible que, dans sa pensée et même dans les procédés employés pour manifester sa volonté, il ait compris d'autres éléments destinés à faire partie de l'acte juridique qu'il veut réaliser, ou destinés à le réaliser : pour les tiers et pour la loi, ces éléments sont non avenus; pour les tiers et pour la loi, l'acte juridique n'est constitué que par les éléments qui forment le contenu de la déclaration. Cela ne veut pas dire que cette déclaration soit forcément expresse, ou qu'elle doive se réaliser par des procédés techniques destinés à lui donner sa forme juridique. Le Code admet tous les procédés possibles de manifestation de volonté, pourvu qu'ils puissent exprimer et réaliser la volonté précise de faire œuvre juridique : cette intention spéciale peut, par suite des usages ou des circonstances, parfaitement se réaliser par de purs faits matériels qui n'expriment la volonté juridique de leur auteur que d'une façon implicite, et qui ne soient pas des procédés normaux acceptés par l'usage, comme procédés destinés à faire connaître une volonté à celui ou à ceux qu'elle concerne, tels que seraient la parole, l'écriture ou tout autre signe convenu ou accepté par l'usage. L'emploi de ces procédés normaux constitue la déclaration expresse, laquelle garde ce caractère alors même que l'interprétation en serait douteuse; l'emploi de tout autre procédé de manifestation, dans la mesure où il manifeste également la volonté de faire œuvre juridique, constitue la déclaration tacite.

§ III. Il ne résulte pas de ce que la volonté sera déclarée, qu'elle doive forcément être adressée, soit directement par la parole, soit indirectement par un moyen quelconque de transmission, à celui ou à ceux à l'égard de qui elle ait à produire ses effets. Le Code classe au contraire toutes les déclarations en deux catégories, celles qui s'adressent à partie et celles qui ne s'adressent pas à partie. Les unes ont pour but non seulement d'exprimer une manifestation de volonté et de la présenter comme une volonté qui produira d'ores et déjà un effet de droit, mais de faire cette manifestation à l'égard de celui ou de ceux qu'elle concerne, de façon qu'ils la connaissent, et qu'ils la connaissent en tant que venant de celui de qui elle émane, et qu'ils la reçoivent comme telle. La déclaration est volontairement dirigée vers quelqu'un, elle est faite à partie; par exemple, une offre de contrat, une déclaration de congé ou de résiliation, ou encore une déclaration d'option en matière d'alternative. Ces déclarations impliquent réception, non pas en ce que le destinataire doive les accepter, mais en ce sens qu'il doit être touché par elles et reconnaître leur

existence juridique, en tant qu'elle s'est manifestée à son égard. Les autres sont bien encore déclarées, en tant que manifestations juridiques créatrices de rapports de droit; mais une déclaration de ce genre n'est faite à l'égard de personne en particulier, et cela alors même qu'il pût y avoir des tiers précisés et déterminés qu'elle pût concerner, ainsi un testament, une acceptation de succession. Seulement on peut se demander si cette classification dépend de la nature de chaque déclaration prise en soi, de telle sorte qu'il y aurait des déclarations qui, par elles-mêmes, ne seraient pas susceptibles d'être adressées à quelqu'un, ce qui semble bien ressortir de l'article 130, parlant de déclarations qui doivent être adressées à un autre, ou si, au contraire, la question dépend du procédé employé par l'auteur de la déclaration suivant que, en fait, il l'a adressée ou non à un intéressé. C'est ainsi qu'une acceptation de succession adressée par exemple à l'un des intéressés, l'un des créanciers héréditaires, ou adressée au tribunal de la succession, deviendrait une déclaration adressée à un autre au sens de l'article 130, ce qui établirait une distinction importante entre l'acceptation expresse et l'acceptation tacite en matière de succession (art. 1944 et Binder, *Die Rechtsstellung der Erben*, p. 86 et suiv.). Mais il semble bien que la caractéristique des déclarations non adressées à partie dépend de leur nature intrinsèque et non de la volonté du déclarant. Les auteurs paraissent vouloir ranger dans cette même catégorie de déclarations ne s'adressant à personne les promesses à personne indéterminée produisant obligation par voie de volonté unilatérale, telle que la promesse de récompense (art. 657). Cette distinction présente d'assez nombreux intérêts pratiques, en ce qui touche principalement le moment où la déclaration reçoit sa perfection (art. 130, 131); en ce qui concerne les conditions de la nullité (art. 116, 117) ou de l'annulabilité (art. 119, 122, 133); en ce qui a trait à la désignation de celui à qui appartient le droit d'annulation (art. 143); et par rapport aux actes faits par mandataire (art. 174, 180), ou émanant d'un incapable (art. 111). Il faut remarquer enfin sur cette distinction que la terminologie adoptée par le Code civil diffère quelque peu des termes généralement admis par les auteurs. Ceux-ci parlaient de déclarations exigeant réception et de déclarations n'exigeant pas réception. Ils se plaçaient au point de vue passif. Le Code civil, se plaçant au point de vue actif, parle de déclarations adressées à un autre, et de déclarations non adressées à un autre.

§ IV. Ces principes généraux établis (sur tous ces points, Sal., *Déc.*, et cf. Charmont, dans *Rev. cri.*, 1902, p. 401, Meynial, dans *Rev. tri.*, 1902, p. 545 et suiv., et Tissier, dans *Revue bourguignonne* 1903, p. 187 et

suiv.), la question qui se posait était celle de savoir si, au cas de désaccord entre la volonté vraie et la volonté déclarée, que ce désaccord résulte ou non d'une erreur, la loi devait ne s'attacher qu'à la volonté réelle (système de l'autonomie de la volonté), ou donner la prédominance à la volonté déclarée, seule admise à l'égard des tiers et des intéressés comme représentant la volonté vraie du déclarant (théorie de la déclaration); et ce dernier système était soutenu principalement au point de vue des nécessités du crédit. Le Code a pris, entre ces deux conceptions extrêmes, une position mixte, en ce qu'il ne fait de l'erreur, même portant sur le contenu de la déclaration et non seulement sur les qualités de l'objet, qu'une cause d'annulation et non de nullité, et que de même, au cas de l'article 116, il accorde la préférence à la volonté purement apparente, alors même qu'il donne satisfaction, d'autre part, aux exigences relatives à la volonté vraie, par l'extension apportée à la théorie de l'erreur, et le principe posé par l'article 133, d'après lequel on doit attribuer à la volonté déclarée le sens qui, en tenant compte de l'expression donnée à la volonté, se rapproche le plus de la volonté vraie du déclarant, celle-ci interprétée d'après toutes les circonstances de l'espèce. C'est donc par l'article 116 que se manifeste principalement ce système de prédominance au profit de la volonté déclarée. Il traite de ce que l'on appelle la «réserve mentale»; l'auteur de la déclaration n'exprimait qu'une volonté apparente. Objectivement, et d'après les procédés employés et l'expression extérieure donnée à la volonté, la manifestation réalisée avait tous les caractères d'une déclaration de volonté au sens juridique; mais son auteur avait par devers lui la volonté très nette de ne faire qu'une déclaration fictive : soit pour le tout, si c'est toute la déclaration qui n'est qu'apparente, soit pour partie, si c'est l'une des dispositions de cette déclaration qui ne soit que fictive ou mensongère; fictive, si elle ne correspond à aucune volonté qui s'y réfère; mensongère, si on lui a volontairement donné un sens qui ne soit pas le vrai. Dans tous ces cas, l'article 116 dispose que le déclarant sera lié à sa déclaration, comme si cette dernière était l'expression exacte de sa volonté vraie. On aurait pu considérer la déclaration comme nulle, sauf à donner droit à dommages-intérêts au profit des tiers ainsi trompés. La loi va plus loin et veut que la déclaration soit tenue pour vraie. Elle apporte cependant à ce principe une exception qui se réfère précisément à la distinction entre les déclarations ne s'adressant à personne et celles s'adressant à partie : s'il s'agit d'une de ces dernières et que celui à qui elle doive s'adresser ait connaissance de la réserve mentale, il n'y avait plus de raison pour ne pas s'en tenir à la volonté réelle : la déclaration est nulle.

Art. 117. Si une déclaration de volonté, qui doit être émise envers un autre, est, d'accord avec celui-ci, émise seulement pour l'apparence, elle est nulle.

Lorsque, sous le couvert d'un acte apparent, se trouve dissimulé un autre acte juridique, il y a lieu de faire application des règles relatives à l'acte qui a été dissimulé.

Art. 118. Une déclaration de volonté ne correspondant à au-

Art. 117. L'article 117 traite de la simulation, laquelle se distingue de la réserve mentale en ce que celle-ci a pour but de tromper celui à qui la déclaration s'adresse, tandis que la première est acceptée d'accord avec l'autre partie, en vue de tromper les tiers. Il n'y avait plus lieu d'admettre en pareil cas la validité de l'acte apparent, puisque, même dans l'hypothèse de la réserve mentale, lorsque l'autre partie a su que l'acte n'était pas sérieux, il y a nullité. Si donc les tiers sont trompés par l'acte simulé, ils ne trouveront de protection que dans les dispositions spéciales prises par le Code civil en vue et dans l'intérêt des tiers de bonne foi (art. 171, 405, 892, 894, 932 et suiv., 1207, 1242; et principalement note sur art. 405). En vertu des mêmes principes, si l'acte simulé recouvre un acte réel, celui-ci n'est pas nul par le seul fait de la simulation, du moment qu'il n'est pas illicite en lui-même ni contraire aux bonnes mœurs. Par suite, il sera soumis aux dispositions légales qui le concernent, sans qu'il y ait à tenir compte de l'acte apparent; et il en est ainsi, même à l'égard des tiers. Ceux-ci n'auront d'autres garanties que dans les mesures spéciales de protection dont il vient d'être parlé, sans qu'on ait cru devoir admettre un principe général analogue à celui de l'article 1321, C. civ. fr. Et il faut remarquer que les règles relatives à l'acte dissimulé s'appliqueront en pareil cas sans modification tirée de la différence des espèces et d'une façon intégrale. Aussi ne parle-t-on plus ici, comme c'est le cas ordinaire dans la terminologie du Code civil, d'application correspondante. Il y a application pure et simple et non pas transfert d'une espèce à une autre des règles de la loi.

Art. 118. L'hypothèse de l'article 118 diffère de la simulation, en ce que les deux parties ne sont pas d'accord pour donner à la déclaration une fausse apparence; et elle diffère de la réserve mentale de l'article 116 en ce que, dans ce dernier cas, l'auteur de la déclaration voulait tromper l'autre partie : c'est

cune intention sérieuse, qui est émise dans l'attente que ce défaut de sérieux ne sera pas méconnu, est nulle.

Art. 119. Celui qui, en émettant une déclaration de volonté,

---

pourquoi la loi le considérait comme tenu à sa déclaration; tandis que, dans l'hypothèse de l'article 118, il n'a ni cru ni voulu tromper : la déclaration était telle qu'il n'a pas supposé que l'autre partie pût la prendre au sérieux. Aussi revient-on, en pareil cas, au système de la nullité. Seulement, on peut se demander s'il suffira pour cela de l'intention du déclarant; suffira-t-il qu'il n'ait pas voulu tromper? Ce serait un système purement subjectif. Il semble bien que ce soit celui qui concorde avec les travaux préparatoires (*Pr.*, I, 98-99). On paraît proposer cependant un système purement objectif, s'attachant aux formes de la déclaration. Il faudrait, pour qu'il y eût nullité, et pour empêcher que le déclarant fût tenu à sa déclaration, que cette dernière, dans sa forme extérieure et par les circonstances qui l'accompagnent, fût telle que l'autre partie n'eût pu se méprendre sur son caractère, donc qu'elle se présentât comme une déclaration purement apparente. Mais ce point reste controversé (cf. Sal., *Déc.*, p. 10-11).

Art. 119. § I. L'article 119 commence la série des dispositions relatives aux vices de la volonté, lesquels donnent lieu à une simple annulabilité et non à la nullité proprement dite; ce qui, en dehors des intérêts pratiques que l'on verra sous les articles 141 à 144, importe au point de vue du délai d'annulation (art. 121 et art. 124) et des dommages-intérêts pour nullité de contrat (art. 122). Aussi lorsqu'il s'agit d'erreur, a-t-on pu se demander, comme on se le demande en droit français, s'il n'est pas certaines erreurs qui frapperaient la déclaration d'une véritable nullité. La question est double, puisque l'article 119 ne vise que les déclarations unilatérales, et qu'il s'agirait de savoir, pour ces dernières, si l'erreur qui porterait sur certains éléments essentiels de la déclaration, tels que l'objet, ne serait pas une cause de nullité pour défaut d'objet. Mais, en second lieu, lorsque la question se pose relativement aux contrats, il y aurait lieu de se demander, puisque l'erreur sur l'une des déclarations fera apparaître le défaut de concordance entre les deux volontés, si le fait que l'interprétation du contrat révèle ce défaut de consentement sur un des points quelconques du contenu du contrat ne doit pas entraîner la nullité, par application des articles 154 et 155, sans passer par le

était dans l'erreur sur son contenu ou qui en réalité n'a pas voulu émettre une déclaration ayant ce contenu, peut attaquer par voie

---

préliminaire de l'annulation pour erreur par rapport à celle des déclarations qui est entachée d'erreur. Il résulte des principes qui doivent être admis comme étant la conséquence de la théorie de la déclaration (note sur art. 116) que l'on doit accepter comme étant la volonté vraie des parties celle qui résulte de l'interprétation normale et apparente de la déclaration, de telle sorte que celle-ci ne paraîtra sans objet et nulle comme telle, que si cette interprétation est de nature à la faire considérer comme étant équivoque d'une façon objective et absolue, c'est-à-dire comme présentant plusieurs objets possibles, entre lesquels, à ne prendre que les termes de la déclaration, aucune option ne pût s'imposer : elle est vraiment sans objet. Dans tous les autres cas, la déclaration se présente, à l'apparence, comme contenant tous les éléments essentiels à sa validité; elle ne saurait donc jamais être nulle comme telle; elle ne peut être qu'annulable pour erreur. Et, s'il s'agit de contrat, on ne pourra appliquer la nullité des articles 154 et 155 que si le défaut de concordance des volontés résulte de la comparaison même des deux déclarations; il ne suffirait même pas que l'interprétation apparente de l'une des déclarations fît apparaître l'erreur possible de l'une des parties, car rien n'indique, à première vue, que l'autre ne l'ait pas partagée. Il faudrait que, non seulement l'erreur, mais le défaut de concordance des deux déclarations, et par suite le défaut de consentement, se révélât par le rapprochement de ces déclarations elles-mêmes; sinon le sens normal qui en résulte doit apparaître comme le sens admis par les deux parties, de telle sorte qu'à l'apparence il y a concordance et consentement. Pour faire tomber cette apparence, il faudrait prouver que ce sens n'a pas été admis par l'une des parties; aussi faudrait-il que sa déclaration fût annulée pour erreur. Et c'est ainsi que, même en matière de contrat, l'annulation pour erreur est presque, de droit commun, le préliminaire obligé de la démonstration du défaut de concordance des volontés et, par suite, du défaut de formation du contrat, conformément aux articles 154 et 155. Partant de là, le Code civil a donc pu n'envisager la théorie de l'erreur que par rapport aux déclarations unilatérales de volonté. Grâce au système général sur la théorie de la déclaration (voir note sur art. 116), même en matière de contrats, c'est par la démonstration de l'erreur sur l'une des déclarations, et par ce moyen seulement, au moins dans la plupart des cas, que l'on peut aboutir à la démonstration du défaut de consentement sur l'un

d'annulation sa déclaration, lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il ne l'aurait pas émise s'il avait eu connaissance de l'état des choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de la situation.

---

des points qui se trouvent compris dans le contenu du contrat (art. 154 et 155).

§ II. Envisageant ainsi une déclaration unilatérale en elle-même, l'article 119 prévoit deux catégories d'erreur, celle qui porte sur les termes de la déclaration : celle-ci n'exprime pas ce que voulait exprimer l'auteur de la déclaration au moment où il la faisait; et celle qui porte sur le contenu de la déclaration : la déclaration se trouve bien exprimer ce que voulait celui qui l'émettait, mais cette volonté n'a été émise telle qu'elle se trouve exprimée qu'à raison d'une erreur sur l'un des points qu'elle avait en vue. Et pour aucune des deux catégories l'article 119 ne subordonne le droit à annulation au fait que l'erreur eût été commune aux deux parties, ou tout au moins que celle à qui on l'oppose l'eût connue ou fût en faute de ne pas l'avoir connue : les garanties à accorder à la partie qui subira l'annulation se trouveront, non pas dans le refus d'annulation, mais dans les dommages-intérêts de l'article 122.

§ III. La catégorie d'erreurs qu'il faut prévoir la première, bien que ce soit la seconde indiquée par le texte de l'article 119, est l'erreur dans la forme ou, ce qui est la même chose, sur les termes de la déclaration. Il faut observer cependant qu'en parlant des termes de la déclaration, on s'exprime d'une façon un peu trop étroite, puisqu'il n'y a pas que des déclarations expresses et que la déclaration peut être tacite. Le texte fait allusion au cas où celui qui a fait la déclaration n'avait pas eu l'intention de donner à l'expression qu'il a employée le contenu qu'elle se trouve présenter. Il voulait exprimer une chose, il se trouve en avoir exprimé une autre, que ce soit expressément ou tacitement, peu importe. Les termes employés, oralement ou verbalement, ou la forme donnée, même tacitement, à la manifestation de volonté, n'ont pas rendu, ou encore ont mal exprimé, la pensée et les intentions de l'auteur de la déclaration. Aucune disposition ne laisse mieux apparaître la prédominance accordée sur ce point à la théorie de la déclaration au détriment de ce qu'on appelait la «théorie de la volonté» (note sur art. 116), puisque, si les termes employés ne répondent pas à la volonté de celui qui fait la déclaration, il en résulte que sa déclaration n'exprime plus sa volonté : cette démonstration faite, la déclaration devrait être nulle comme telle; ou plutôt le

Est également réputée erreur sur le contenu de la déclaration l'erreur portant sur les qualités de la personne ou de la chose

---

seul fait que l'on invoque le défaut de concordance entre la forme et le fond devrait donner ouverture à nullité. Et cependant, même de ce chef, la déclaration n'est qu'annulable; et encore y a-t-il une hypothèse où même une déclaration dont le contenu ne répondrait pas à l'intention de celui qui l'a faite, au moins sur un point que la loi détermine, ne pourrait être annulée pour erreur; c'est au cas de contrat par représentant, lorsque ce dernier n'a pas laissé entrevoir qu'il voulait agir au nom d'autrui (art. 164 al. 2).

§ IV. La seconde catégorie d'erreurs, celle tout au moins qu'il faut prévoir en second lieu, parce que c'est pratiquement la plus importante, est celle qui porte sur le fond de la déclaration, donc sur le contenu de la déclaration. Les termes de la déclaration répondent à ce que voulait le déclarant au moment où il exprimait sa volonté; seulement ce qui forme l'objet de cette volonté n'a été voulu comme tel qu'à raison d'une erreur. Mais suffira-t-il que l'erreur ait porté sur un point quelconque que la volonté ait eu en vue pour que la déclaration soit annulable? Bien entendu, la question ne se posera même pas, s'il s'agit d'un point qui n'ait pas été compris dans le contenu de la déclaration, comme ce sera le cas, en général, pour les motifs. Mais même pour ce qui a été expressément compris dans le contenu de la déclaration, ou dans le contenu de la volonté, puisque tous deux cette fois sont supposés identiques, la question peut se poser; car il peut se faire, pour ne prendre que cet exemple, que l'on ait fait des motifs une prévision expresse faisant partie du contenu de la déclaration; et l'on peut se demander si, pour ce qui est de l'annulabilité, il n'y a pas à distinguer l'erreur qui porterait sur les points accessoires de celle qui porterait sur les points essentiels de la déclaration. Et encore, dans ce cas, faudrait-il rechercher, au moins subsidiairement, si le criterium de distinction ne devait pas être purement objectif, c'est-à-dire consistant à définir ce qui serait essentiel en soi, indépendamment de la valeur subjective que la partie ait pu attacher à tel ou tel point de sa déclaration. La réponse qui semble bien devoir l'emporter doit se tirer du criterium d'appréciation admis par l'article 119 lui-même en ce qui touche le degré d'importance que l'erreur doit présenter pour donner lieu à l'annulabilité (*infra*, § VI). Il ne suffit pas, en effet, que l'erreur porte sur l'un des points admis comme pouvant donner lieu à une erreur constitutive d'annulabilité, il faut encore que le degré en soit suffisant, conformément à la mesure

qui, dans les rapports d'affaires, sont considérées comme essentielles.

---

d'appréciation de l'article 119 : dès lors, ne faut-il pas en conclure que tout ce que la volonté aura voulu mettre dans le contenu de la déclaration pourra donner lieu à une erreur jugée essentielle en elle-même, dès qu'elle présentera les caractères d'importance exigés par l'article 119? On ne distinguerait plus objectivement entre clauses essentielles et clauses accessoires de la déclaration; on ne tiendrait compte que de l'importance de l'erreur prise en soi, importance appréciée d'après le criterium fixé par l'article 119.

§ V. L'article 119 semble admettre une troisième catégorie d'erreurs, ou plutôt comme une subdivision de l'erreur sur le contenu de la déclaration : ce serait celle portant sur les qualités de la personne ou de la chose, lorsqu'il s'agit d'une qualité qui, d'après les usages et d'après la nature du contrat, doit être prise en considération. Si l'article 119 en a fait une disposition à part, c'est qu'il peut se faire que ces qualités, même jugées importantes d'après l'usage et la nature du contrat, n'aient pas été expressément prévues et comprises dans le contenu de la déclaration. Aussi aurait-on pu, à raison des difficultés déjà exposées à cet égard (*supra*, § IV), les considérer alors comme ne pouvant pas donner lieu à une erreur essentielle; et même, de toute façon, d'après certaines théories, il aurait fallu assimiler l'erreur qui s'y rapporte à une erreur sur les motifs. Dans ce cas, ces qualités n'ayant pas été prévues dans la déclaration, cette erreur, s'agissant par hypothèse d'une erreur sur les motifs, devenait désormais sans influence sur la validité de la déclaration. Pour couper court à toutes ces incertitudes, la loi a entendu déclarer que, prévues ou non, ces qualités seraient toujours censées faire partie du contenu de la déclaration. Seulement il n'en sera ainsi que pour les qualités qui, d'après les usages, seront jugées, pour telle hypothèse déterminée, comme devant être toujours prises en considération pour identifier l'objet et en caractériser l'espèce, s'il s'agit de celles portant sur l'objet ou, pour caractériser la nature de l'engagement, s'il s'agit de celles relatives à la personne. On ne se contente pas sur ce point de l'appréciation purement personnelle de l'auteur de la déclaration, au moins lorsque ses intentions n'ont pas été spécifiées dans la déclaration : on exige un criterium objectif tiré des usages eux-mêmes. Ce ne sont donc pas forcément les qualités qu'a eues spécialement en vue l'auteur de la déclaration et qui ont inspiré sa déclaration, mais celles, comme dit Lenel (*loc. cit.*), qui, d'après les

Art. 120. Une déclaration de volonté qui a été transmise inexactement par la personne ou l'établissement employé pour la

---

usages du commerce, et en tenant compte de l'affaire en cause, servent à individualiser la chose, qui en constituent par conséquent l'individualisation normale. Et ce criterium servira à définir quelles seront les qualités susceptibles, en elles-mêmes et par elles-mêmes, de donner lieu à une erreur essentielle. Ce sont donc les usages admis en affaires qui déterminent, pour chaque espèce donnée, quelles seront les qualités qui devront être prises en considération.

§ VI. Ayant ainsi établi sur quels points l'erreur devrait porter pour qu'elle pût être essentielle, il fallait se demander si, même essentielle, elle serait toujours suffisante; et si, par suite, même portant sur un des points ainsi fixés, il ne faudrait pas, pour qu'elle pût donner lieu à annulation, qu'elle eût une importance jugée suffisante. C'est cette mesure de l'erreur jugée suffisante pour laquelle l'article 119 établit un nouveau criterium d'appréciation, mi-partie subjectif, mi-partie objectif. Et ce criterium va s'appliquer aux trois catégories d'erreurs, même à la première catégorie, celle sur la teneur de la déclaration. Même dans ce dernier cas, il faut encore que l'erreur ait le degré d'importance qui va être indiqué pour qu'elle puisse donner lieu à l'annulation. Le principe est que, pour être suffisante, il faut qu'il soit établi que, sans cette erreur, l'auteur de la déclaration eût renoncé à faire sa déclaration; cette présomption ne peut être tirée que de la situation qui lui serait faite si la déclaration était maintenue telle qu'elle est, c'est-à-dire en dépit de l'erreur qu'elle implique. Or, pour juger de cette situation, l'article 119 ne se contente pas de l'appréciation purement personnelle de l'intéressé, il veut que cette appréciation concorde avec celle que donnerait tout homme raisonnable en se mettant à la place du véritable intéressé. Cela revient à dire que l'erreur sera jugée suffisante dès qu'elle eût été de nature à empêcher l'acte de se faire ou le contrat de se passer; seulement, pour savoir si elle eût, en effet, été de nature à empêcher l'acte d'être fait, il faudra s'en rapporter à ce qu'eût été, dans les mêmes circonstances, l'appréciation d'un homme jugeant d'une façon normale. C'est un criterium reposant sur l'intention individuelle, donc à base subjective, mais cette intention appréciée conformément aux usages et à la raison, et par suite avec appréciation de caractère objectif.

Art. 120. L'article 120 assimile à l'erreur sur l'expression ou sur la teneur

transmission peut être attaquée par voie d'annulation sous les mêmes conditions préalables que, d'après l'article 119, une déclaration de volonté émise par erreur.

Art. 121. La mise en œuvre de l'annulation doit nécessairement (1), dans les cas des articles 119, 120, se produire sans atermoiement imputable à faute (sans retard), à partir du moment où l'ayant droit à l'annulation a acquis connaissance de la cause d'annulation. La mise en œuvre de l'annulation qui se produit à l'égard d'un absent est réputée s'être produite en temps utile, lorsque la déclaration d'annulation aura été expédiée sans retard.

La mise en œuvre de l'annulation est exclue lorsque, depuis l'émission de la déclaration de volonté, trente années se sont écoulées (2).

---

de la déclaration le cas où le défaut de concordance entre la volonté et la déclaration proviendrait d'une erreur de transmission, qu'il s'agisse d'un messager pris pour intermédiaire, ou d'une administration chargée de la transmission, comme au cas de communication télégraphique; et, dans cette dernière hypothèse, il importe peu que le télégramme ait été envoyé par les employés de l'administration des télégraphes, comme c'est la règle, ou par l'expéditeur lui-même. Pour ce qui est des transmissions téléphoniques, la déclaration devant être considérée comme adressée de personne à personne (note sur art. 130), l'erreur qui s'y référerait serait analogue à celle portant sur une communication verbale, ce qui est l'un des cas expressément prévus par la première disposition de l'article 119 (cf. art. 119, note § III).

Art. 121. (1) Cf. note sur l'article 56.

(2) Il était inadmissible que la partie victime de l'erreur pût tenir indéfiniment l'autre partie dans l'incertitude au sujet de la décision qu'elle-même voulût prendre par rapport à l'annulabilité. Aussi a-t-on fixé un double délai de forclusion : l'un partant du moment même de la découverte de l'erreur, et qui est un délai fort court, puisqu'on exige que la déclaration d'annulation intervienne sans retard, la déchéance étant ici fondée sur une présomption de renonciation ou, à son défaut, sur l'idée de faute; et l'autre partant du jour même de l'acte, et constituant un délai préfixe de trente années, qui s'accom-

Art. 122. Si une déclaration de volonté est nulle d'après l'article 118 ou qu'elle soit attaquée par voie d'annulation sur le fon-

---

plit indépendamment de toute découverte de l'erreur, donc indépendamment de toute renonciation tacite et de toute négligence, la loi ne voulant pas qu'après trente ans on pût remettre en question le sort d'un acte juridique simplement annulable. Donc, lorsque l'erreur est découverte, il faut, pour éviter la déchéance, que l'annulation intervienne *sans retard;* et l'article 121 donne à ce propos une définition technique de ce qu'il faut entendre lorsque le Code civil exige qu'un fait ait lieu *sans retard :* cela veut dire sans retard imputable à faute. Même si l'autre partie a connu la découverte de l'erreur et que la victime ait su que cette dernière était au courant, on exige encore que de la part de la victime intervienne une déclaration d'annulation et qu'elle ait lieu sans retard; on ne considère pas que le fait d'avoir su l'autre partie au courant de la situation suffise à dispenser l'ayant droit d'adresser sans retard sa déclaration d'annulation et de faire connaître sa décision. Il est vrai qu'en pareil cas on pourra se montrer plus large dans l'appréciation de la faute et admettre qu'il n'y aura pas négligence dans le fait d'avoir quelque peu tardé à déclarer l'annulation, lorsqu'on savait que l'autre partie s'attendait à cette éventualité et que peut-être il y avait entre les deux intéressés une sorte d'accord tacite pour prolonger le délai d'annulation. (Sur toute cette matière, cf. Gradenwitz, *Anfechtung und Reurecht beim Irrthum,* p. 39 et suiv.)

Art. 122. § I. L'article 122 constitue la première application de la théorie désormais connue sous le nom de «théorie des dommages-intérêts pour nullité d'acte juridique» (Sal., n° 153, et Sal., *Déc.,* p. 44 et suiv.), lesquels comprennent ce que Ihering a désigné sous le nom d'«intérêt négatif»; et l'on entend par là l'intérêt qu'on aurait à ne pas contracter dans des conditions susceptibles de faire annuler le contrat. Ils ne comprendront donc pas toute la représentation du profit qu'on aurait eu à l'exécution du contrat, mais le dommage provenant de ce que l'on a cru à un contrat nul, tel que serait celui résultant d'une occasion manquée; et cependant si celle-ci aurait dû présenter un bénéfice supérieur à celui qui fût provenu de l'exécution du contrat actuellement en cours, ce qui est l'intérêt positif résultant du contrat, les dommages pour nullité de contrat, pour intérêt négatif, ne pourront pas dépasser cet intérêt positif lui-même. C'est ce que dit expressément l'article 122. Et encore, pour

dement des articles 119, 120, l'auteur de la déclaration a, lorsque la déclaration devait être émise envers un autre, à indemniser ce dernier, ou, dans le cas contraire, un tiers quelconque, pour le

---

que cet intérêt soit dû, il faut que la partie victime de l'annulation n'ait pas connu la cause d'annulabilité ou ne soit pas en faute de l'avoir ignorée : c'est la définition technique donnée par la loi pour tous les cas où il sera dit, à propos d'une circonstance de fait, «qu'on devait nécessairement la connaître»; c'est le *kennen* = *mussen*, qui revient si souvent dans les textes du Code civil. Sur l'appréciation de ce «devoir connaître» au point de vue des faits à prendre en considération, on trouvera une analyse intéressante dans une thèse de M. Bourgoing, sur *Le Registre de commerce* (Paris, 1903), p. 90.

§ II. Mais, contrairement à l'application de la même théorie faite par l'article 307 en matière de nullité de contrat, l'article 122 admet, à la charge de l'auteur de l'annulation, une théorie purement objective; il doit réparation, qu'il soit en faute, ou non, de n'avoir pas connu la cause de nullité ou d'annulabilité, et de même, qu'il soit en faute, ou non, par rapport à l'existence de cette cause d'annulation et non pas seulement par rapport à l'erreur où il se trouve en ce qui concerne son existence. C'est ce qui arriverait, par exemple, au cas de l'article 120. Le tiers victime de l'erreur peut n'avoir aucune faute à se reprocher dans le fait d'où est née l'erreur par voie de transmission : c'est un risque mis à sa charge. Il n'y a pas à rechercher si l'erreur dont il se prévaut résultait d'une faute de sa part; et cette théorie purement objective enlève tout intérêt aux distinctions d'Ihering relativement à l'appréciation de la faute en matière de dommages pour nullité de contrat, en même temps qu'elle montre l'importance qu'il y avait à soustraire cette hypothèse à l'application de la responsabilité délictuelle. C'est une nouvelle concession faite à la théorie de la déclaration et aux nécessités du crédit. Le tiers a cru à la parole donnée; il est trompé. Si on annule l'acte, on lui doit réparation, que l'on soit ou non en faute. Et cette théorie s'applique dans tous les cas, même à ceux de l'article 120, et alors même, s'agissant de transmission mécanique par exemple, que les agents chargés de la transmission n'eussent commis aucune faute, et encore moins l'auteur de la déclaration, et que l'erreur de transmission proviendrait d'un cas de pure force majeure, comme une perturbation dans les courants électriques, au cas de transmissions télégraphiques.

dommage que cet autre, ou que le tiers, éprouve pour avoir cru à la validité de la déclaration, sans cependant que le montant de l'indemnité puisse dépasser la mesure de l'intérêt que l'autre, ou le tiers, avait à l'efficacité de la déclaration.

Ce devoir de réparation n'existe plus lorsque la victime du dommage se trouvait connaître la cause de nullité ou d'annulabilité, ou par suite de négligence ne l'avoir pas connue (la devoir nécessairement connaître).

Art. 123. Celui qui a été déterminé par tromperie dolosive, ou, d'une façon contraire au droit, par menaces, à émettre une déclaration de volonté, peut attaquer par voie d'annulation la déclaration.

Lorsqu'un tiers est l'auteur de la manœuvre destinée à tromper, et que la déclaration devait être émise envers un autre, cette déclaration n'est annulable que si celui-ci connaissait ou aurait dû nécessairement connaître cette manœuvre. En tant qu'une personne autre que celle envers laquelle la déclaration devait être émise a

---

Art. 123. § I. L'article 123, en ce qui concerne le dol, était surtout utile pour les erreurs qui ne rentreraient pas parmi celles auxquelles l'article 119 fournit un moyen de sanction, comme, par exemple, s'il s'agit de qualités dont le caractère essentiel résultât uniquement de l'appréciation personnelle de l'une des parties, alors qu'il n'aurait pas dû en être ainsi d'après le criterium objectif de l'article 119; et encore, même pour celles qui auraient été prévues par ce texte, la ressource de l'article 123 pourra n'être pas sans intérêt au point de vue des délais spéciaux de l'article 124. D'ailleurs, la définition du dol n'est pas calquée sur celle du délit correspondant du droit pénal (art. 263 C. Pén. all.); aussi n'est-il pas indispensable que l'on fasse la preuve d'un dommage pécuniaire ni même de l'intention de causer un dommage de ce genre : il suffit que, par une manœuvre positive, destinée à produire une erreur, on ait voulu nuire à autrui, à quelque point de vue que ce fût.

§ II. Quant à la violence, il faut avoir soin de la distinguer des faits de violence qui supprimeraient totalement la volonté et qui rendraient la déclaration

acquis directement un droit par le fait de cette déclaration, la déclaration est annulable envers elle, si elle connaissait ou qu'elle dût nécessairement connaître la manœuvre.

---

nulle au lieu d'annulable. Toutefois, on exige que les moyens employés soient illégitimes, donc qu'ils ne constituent pas l'exercice d'un droit; et encore même dans ce cas, s'il y avait abus du droit, tel que la menace d'une action en justice par pur esprit de chicane, on pourrait considérer la violence comme illégitime en vertu de l'article 226. Seulement, dans tous les cas, il faut que la violence ait eu pour but la réalisation de l'acte auquel elle se réfère; il n'y aurait donc pas violence si l'on profitait de l'offre purement spontanée faite par quelqu'un qui fût sous l'empire d'une menace, du moment que cette dernière n'avait pas eu pour but d'obtenir la promesse qui a été faite. Seulement, s'il y a disproportion entre les équivalents et, par suite, exploitation de la situation dans laquelle se trouvait la partie victime de la violence, il pourrait y avoir lieu à l'application de l'article 138 al. 2.

§ III. L'article 123 a maintenu la distinction traditionnelle entre le dol et la violence, en ce qui concerne l'admissibilité de la nullité suivant les personnes de qui ils émanent. Il y a toujours annulabilité de quelque personne que proviennent les menaces, fût-ce même d'un tiers étranger à l'acte qui se trouve en cause, tandis qu'il n'en est ainsi pour le dol que s'il provient de l'autre partie intéressée. Du moins est-ce le principe de droit commun; mais l'article 123 en atténue la rigueur par une triple exception. L'annulabilité reste acquise, même en admettant que le dol vienne d'un tiers, si l'autre partie non seulement l'a connu, mais qu'elle soit en faute de l'avoir ignoré (sur l'expression «devoir nécessairement connaître», voir l'art. 122 al. 2); sa négligence est assimilée à la mauvaise foi et l'expose à l'annulabilité (cf. art 25 *C. féd. obl.*). En outre, la distinction ne s'applique plus si la déclaration est de celles qui ne s'adressent à personne, une acceptation de succession, par exemple, un testament. Mais il faut remarquer qu'elle reste applicable aux déclarations même purement unilatérales qui s'adressent à la partie intéressée, tel qu'un congé. On ne peut les attaquer pour dol que si les manœuvres sont l'œuvre de l'autre partie ou que celle-ci soit responsable, soit de les avoir connues, soit de les avoir ignorées. Enfin, si l'on suppose que de l'acte en cause doive résulter l'acquisition directe d'un droit au profit d'un tiers, lequel soit responsable du dol, par exemple parce qu'il l'aurait connu ou dû connaître, l'acte n'est pas annulable sans doute, vis-à-vis de la partie avec laquelle il a été

Art. 124. La mise en œuvre de l'annulation d'une déclaration de volonté qui est annulable d'après l'article 123 ne peut avoir lieu que dans le délai d'une année.

---

passé, puisque le dol provient d'un tiers, mais l'annulabilité est opposable à celui qui tient son droit de l'acte entaché de dol; et l'on est généralement d'accord, quoiqu'il y ait eu certaines difficultés soulevées à cet égard, pour admettre que cette allusion viserait principalement les contrats pour autrui dans l'éventualité où, le stipulant étant étranger au dol, le tiers bénéficiaire fût responsable de l'avoir ou connu, ou ignoré (cf. art. 167, note § VII).

Art. 124. § I. L'article 124, qu'il s'agisse de dol ou de violence, établit, contrairement à la doctrine traditionnelle, un délai de forclusion, qui d'ailleurs n'est pas limité, en quelque sorte, à son minimum de durée, comme au cas d'erreur, mais qui est d'une année. Toutefois, si l'acte entaché de dol ou violence avait engendré, au profit de la partie à l'encontre de laquelle l'annulation aurait été possible, un droit de créance à faire valoir contre la victime du vice, ce qui serait le cas s'il s'agissait d'un contrat synallagmatique, cette dernière aurait, en vertu de l'article 853, une exception perpétuelle pour opposer l'annulation au cas de poursuite de l'autre partie. Seulement cette exception vient, non pas du vice du contrat, mais du délit qu'aurait commis la partie demanderesse, et elle n'existe sous sa forme perpétuelle que dans la mesure où il y a délit à la charge de la partie qui poursuit son droit; or ce ne serait plus le cas, à supposer la violence, si celle-ci avait été commise par un tiers à l'insu de l'autre partie contractante, laquelle ne fût même pas en faute de l'avoir ignorée. Cette partie n'ayant commis aucun délit à raison de la violence qui a été exercée, elle pourra, une fois le délai d'annulation expiré, poursuivre, sans avoir à craindre aucune exception, les droits qu'elle tenait du contrat. Même en matière de dol, quoique l'annulation ne soit possible contre l'autre partie contractante que si elle est tout au moins responsable de négligence quant au dol commis, il n'est pas toujours certain, au moins s'il n'y a que cette responsabilité d'imprudence et non responsabilité d'intention, que cette partie tombe de ce chef sous le coup de la responsabilité délictuelle; cela vient de ce que, au cas de dol, il est difficile d'admettre, comme au cas de violence, qu'il y ait atteinte à la liberté et que, par suite, il est beaucoup moins sûr que le délit qui s'y rapporte tombe sous l'application de l'article 823; il serait plutôt du domaine de l'article 826, et dans

Le délai commence, au cas de tromperie dolosive, au moment où l'ayant droit à l'annulation découvre qu'il a été trompé, et, au cas de menaces, au moment où cesse l'état de contrainte. Quant à la façon dont courra le délai, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions de l'article 203 al. 2 et des articles 206, 207, admises en matière de prescription.

La mise en œuvre de l'annulation est exclue lorsque, depuis l'émission de la déclaration de volonté, trente années se sont écoulées.

Art. 125. Un acte juridique auquel fait défaut la forme prescrite

---

ce cas, d'après l'article 826, le délit ne peut être qu'intentionnel. D'après cela, la partie contractante qui, au cas de violence commise par un tiers, fût en faute de l'avoir ignorée, étant tenue d'un délit en vertu de l'article 823, pourrait se voir opposer une exception perpétuelle en vertu de l'article 853; tandis que, s'il s'agissait de dol, et qu'elle fût en faute seulement de l'avoir ignoré, d'après l'article 826, l'exception ne lui serait opposable que pendant la durée du délai d'annulation.

§ II. Le point de départ du délai est le moment où le vice a cessé d'exister, cessation de la violence ou découverte du dol. Mais, comme l'annulation se fait par voie de déclaration unilatérale adressée à l'intéressé, encore peut-on soutenir que, pour que le délai commence à courir, il faut qu'il y ait un intéressé. Si, par exemple, il s'agissait de promesse de récompense, l'annulation étant possible de quelque personne que vienne le dol, on peut fort bien admettre, et on l'a soutenu, que le délai ne pourrait commencer à courir qu'à partir du moment où l'auteur de la promesse se trouve en face d'un ayant droit ayant exécuté le fait indiqué, et à l'égard duquel il puisse déclarer l'annulation, puisque jusqu'alors elle n'aurait pu être déclarée vis-à-vis de personne.

§ III. Quant au délai de trente ans, son point de départ est fixé, d'une façon immuable, à l'émission même de la déclaration; et les dispositions empruntées au domaine de la prescription, en matière de suspension ou d'interruption, et qu'on applique par voie d'analogie au délai d'une année, sont évidemment exclues lorsqu'il s'agit du délai préfixe de trente ans.

Art. 125. L'article 125 suppose admis le principe de non-solennité en matière d'actes juridiques, puisqu'il ne prévoit de formes imposées que si

par la loi est nul. Le défaut de forme, lorsqu'il s'agit de forme établie par acte juridique, a également, dans le doute, pour conséquence la nullité.

---

elles sont prescrites par la loi ou exigées en vertu d'une convention antérieure des parties, ou en vertu, plutôt, d'un acte juridique quelconque. Lorsque la forme est prescrite par la loi, il va de soi qu'elle ne vise pas seulement la nécessité de garantir aux parties un titre de preuve, mais que la loi a vu dans les formalités qu'elle impose un moyen de provoquer la réflexion et d'empêcher les engagements précipités; aussi la forme est-elle nécessaire à l'existence même de l'acte. Elle est prescrite à peine de nullité. Lorsqu'elle est imposée par un acte privé antérieur, généralement un avant-contrat, mais ce pourrait être un contrat principal imposant telle ou telle forme pour les actes juridiques qui s'y rapporteraient, par exemple un contrat de bail stipulant que les congés seraient donnés sous forme authentique, de même que ce pourrait être un acte unilatéral, comme un acte de fondation, prévoyant un contrat à intervenir et imposant la forme écrite ou authentique, dans tous ces cas, la portée de cette obligation dérive avant tout d'une question d'interprétation de volonté. Il s'agit de savoir si la partie, ou les parties, qui ont imposé telle ou telle forme, ont entendu la prescrire en vue seulement de la preuve, ou au contraire en vue de l'existence même de l'acte à intervenir. La loi a cru devoir établir sur ce point une présomption de volonté, toujours susceptible, à coup sûr, de preuve contraire, et d'après laquelle on considère que les parties ont eu en vue le même but que celui visé par la loi, lorsqu'elle exige des formes : cette fois encore, la forme est présumée avoir été imposée à peine de nullité. Ce principe d'interprétation a été rappelé, ou du moins appliqué à nouveau, par l'article 154, lorsque, s'agissant d'un contrat à intervenir, les parties ont convenu de le rédiger sous forme de constatation authentique : on aurait pu croire que, si l'on eût rédigé d'abord le contrat par écrit, cela eût suffi pour le rendre obligatoire et permettre à l'un des contractants d'exiger la passation de l'acte sous forme authentique, en vue de la preuve (v. art. 128). L'article 154 a voulu rappeler que, même dans ce cas, il n'y aurait rien de fait, et qu'aucune obligation ne serait née tant que l'acte ne serait pas passé sous la forme requise. Mais ceci suppose que cet engagement relatif à l'authenticité soit antérieur à la conclusion du contrat et qu'il ne s'agit pas d'une convention d'authenticité prise après coup; et cela suppose également que cet engagement antérieur pour lequel, en ce qui le

Art. 126. Lorsque la forme écrite est prescrite par la loi, le titre doit nécessairement être souscrit de sa propre main par celui qui émet le titre par l'apposition de sa signature nominale ou au moyen d'une marque d'identité manuscrite certifiée par justice ou par notaire.

S'il s'agit de contrat, la souscription des parties doit nécessairement être apposée sur le même titre. Si, pour le contrat,

---

concerne, aucune forme n'est exigée, pas même la forme expresse, n'ait pas été détruit par un engagement contraire passé après coup, lequel est toujours possible, et qui lui aussi peut être tacite. De sorte que, si après une convention préalable d'authenticité il y a rédaction écrite du contrat, il y a toujours lieu de se demander, pour l'application de l'article 154, si, au lieu d'un simple projet rédigé en vue de la passation de l'acte, il n'y a pas convention tacite des parties de supprimer l'authenticité ou de la réduire à la fonction seulement de fournir un titre de preuve.

Art. 126. § I. L'article 126 indique en quoi consistera la forme écrite, lorsqu'elle est prescrite par la loi (cf. art. 368, 780, 781, 783), donc en tant que forme légale, et non conventionnelle, celle-ci étant visée par l'article 127. Les conditions qu'elle implique sont à peu près les mêmes que celles exigées par l'article 416 du Code de procédure pour la rédaction des actes privés, en tant qu'ils sont envisagés comme titres de preuve. Mais cette concordance, qui était absolument désirable au point de vue pratique, n'est nullement une nécessité théorique; et cette indépendance des deux points de vue se vérifie surtout au cas de forme écrite conventionnelle, en ce que l'on peut très bien supposer que les parties aient imposé, pour l'existence de l'acte, une condition, telle que la date par exemple, que l'article 416 du Code de procédure civil n'exige pas au point de vue de la preuve. Donc, la seule condition légale, d'ailleurs exigée à peine de nullité (voir note sur art. 56), est la signature de l'auteur de l'acte, signature entièrement tracée à la main, et sans moyen mécanique, comme serait un cachet par exemple, et signature portant le nom du signataire, celui qui révèle son identité et sous lequel il est connu, fût-ce même un pseudonyme littéraire. On n'exige donc ni le lieu, ni la date, ni que l'acte soit écrit de la main de celui qui le signe. Et si ce dernier a été trompé et que l'acte qu'il signe, écrit de la main d'un autre, ne réponde pas à sa propre volonté, il n'aura de ressources que dans la première disposi-

plusieurs titres conformes ont été dressés, il suffit que chaque partie appose sa souscription sur le titre destiné à l'autre partie.

La forme écrite peut être remplacée par la constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée.

---

tion de l'article 119. Mais il faudra qu'il fasse la preuve de l'erreur, et cela, même s'il s'agit d'un aveugle ou d'un illettré. Enfin, pour ceux qui ne savent pas écrire, on remplace la signature par une marque tracée à la main, mais sous la condition, cette fois, cette marque ne révélant plus l'individualité de son auteur, qu'elle soit légalisée. Il s'agit de légalisation judiciaire ou notariée, sans qu'on laisse aux législations d'États le droit de désigner, en cette matière, quelle serait l'autorité compétente pour la légalisation (cf. art. 129). Il faut observer en outre que, s'il s'agit de déclaration s'adressant à partie intéressée, la déclaration doit parvenir au destinataire et être touchée par lui sous la forme sous laquelle elle a dû être faite pour satisfaire aux prescriptions légales. C'est ainsi que, s'agissant de forme écrite, une déclaration unilatérale se trouverait valablement faite sous cette forme si elle était adressée par lettre missive, tandis qu'il n'en serait pas de même d'une transmission télégraphique, même si l'original de la dépêche a été signé de l'auteur de la déclaration, puisque ce n'est plus cet original ainsi revêtu de la signature olographe du déclarant qui parvient au destinataire.

§ II. Lorsque la forme écrite est exigée pour la formation d'un contrat, la loi n'exige pas forcément que chaque original soit revêtu de la signature de tous les contractants ; il suffira, si chaque partie remet à l'autre un exemplaire écrit, que cet exemplaire porte la signature de celui qui l'a remis, donc de la partie autre que celle qui le détient. Mais cela suppose qu'il s'agit d'exemplaires identiques, ou autrement dit de véritables titres reproduisant la teneur du contrat. C'est pourquoi la question a pu se poser pour les lettres missives, en tant qu'elles ne reproduisent pas l'une et l'autre les termes mêmes du contrat, car dans ce cas il n'y aurait aucun doute sur la réalisation de la forme écrite, mais en tant qu'elles gardent leur caractère de lettres proprement dites, l'une par exemple contenant l'offre de contrat, et l'autre se contentant de répondre par une acceptation en bloc, sans reproduire la teneur de l'acte. Le silence de la loi vaut exclusion, du moment qu'il s'agit de contrats; en matière de déclaration unilatérale, au contraire, la lettre missive

Art. 127. Les dispositions de l'article 126 s'appliquent également, dans le doute, à la forme écrite, lorsqu'elle a été établie par acte juridique. Pour que cette forme soit observée, il suffit toutefois, en tant qu'il n'y a pas lieu d'admettre une autre volonté, d'une transmission télégraphique ou, s'il s'agit de contrat, d'un échange de lettres missives; si l'une de ces formes a été choisie, il peut être exigé ultérieurement une constatation authentique (1) conformément à l'article 126 (2).

---

serait admise, comme on l'a vu, comme déclaration écrite. Et, bien entendu, l'exclusion de la forme télégraphique, en tant qu'il s'agit de déclarations unilatérales, entraîne, *a fortiori*, la même impossibilité pour la réalisation de la forme écrite, au moins s'il s'agit de forme légale, en matière de contrats.

Art. 127. (1) Sur le sens large de ce mot *Constatation authentique*, en tant qu'il s'applique à tous les procédés de solennité de forme en matière de rédaction d'actes, voir la note sous l'article 128.

(2) L'article 127 s'occupe de la forme écrite, lorsqu'elle est prescrite ou établie par acte juridique. Les conditions qui doivent en constituer les formalités dépendent de la volonté des parties. Mais, à défaut d'explication expresse sur ce point, la loi a pensé qu'elle devait introduire une présomption légale qui coupât court à toutes les difficultés. Et le principe qui lui sert de point de départ c'est que les parties sont censées, en imposant la forme écrite, avoir visé les mêmes buts que ceux dont se préoccupe la loi lorsque cette forme est exigée par elle. Du principe devaient découler deux conséquences : la première, que la forme sera requise non seulement pour la preuve, mais pour la validité de l'acte; et la seconde que les éléments considérés comme indispensables pour qu'elle fût remplie seront les mêmes que lorsqu'il s'agit de forme écrite légale. Sur ce dernier point, cependant, l'article 127 accepte une double exception, en matière de transmissions télégraphiques et de lettres missives. La transmission télégraphique est assimilée à la forme écrite, sans même qu'on exige que l'original de la dépêche ait été signé de son auteur, de même qu'on n'exige pas, s'il s'agit de contrats, que les deux dépêches reproduisent la teneur du contrat. On a considéré, s'agissant d'une interprétation de volonté, que les parties étaient censées avoir admis, conformément aux usages, que le contrat pût se former par télégramme sous les conditions usuelles et que

Art. 128. Lorsque la constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée d'un contrat est prescrite par la loi, il suffit que

---

cela dût correspondre à leurs exigences. S'il en était ainsi, il n'y avait plus de raison pour ne pas accepter qu'en matière de contrats la forme écrite fût considérée comme remplie dès qu'il y aurait un échange de lettres signées de leurs auteurs, alors même que la réponse ne reproduirait pas la teneur du contrat. Seulement, dans ces deux hypothèses, chacun des deux intéressés a le droit d'exiger, en vue de la preuve, qu'un titre écrit lui soit fourni, dans les conditions de l'article 126. Mais ce n'est pas la passation de ce titre qui forme le contrat; celui-ci est conclu par le seul fait de l'échange des lettres ou des télégrammes; ce qui le prouve, c'est qu'il donne droit d'exiger un titre de preuve (art. 127 *in fine*).

Art. 128. § I. La constatation authentique d'un acte juridique, au sens du mot *Beurkundung* du texte, peut revêtir des formes diverses. Au sens large, elle s'applique à tous les procédés employés pour donner l'authenticité à un acte en dehors même de toute intervention d'une autorité publique. On pourra en voir un exemple aux articles 58 *in fine* et 127 *in fine*. Au sens étroit, l'authenticité s'applique, comme c'est l'usage dans la terminologie française, aux procédés impliquant intervention d'une autorité publique qui vienne certifier la conformité de l'acte écrit avec les déclarations qu'il relate. C'est à ce point de vue que se place l'article 128; et, lorsqu'il est question, en général, de forme authentique, ce que l'on vise c'est l'authenticité sous forme judiciaire ou notariée, conformément à l'article 128.

§ II. Le Code civil n'avait pas à établir de réglementation unitaire en ce qui concerne l'organisation du notariat et les conditions de validité des actes authentiques. Cette législation unitaire n'est pas encore intervenue, et la question, dans son ensemble, reste du domaine du droit particulariste. Cependant, déjà, la loi sur la juridiction volontaire (*Freiw. Ger. Ges.*) a établi certaines conditions générales de validité, en ce qui touche les questions de forme, encore que, sur certains points, les lois d'exécution pour les différents États aient pu admettre une réglementation assez divergente. Quoi qu'il en soit, toutes ces questions étant soustraites au domaine du Code civil, celui-ci n'a entendu viser, en matière d'acte authentique, et encore lorsque l'authenticité était prescrite par la loi, que le point de savoir quelles étaient, parmi les différentes phases de confection de l'acte lui-même, entendu de l'acte juri-

l'offre d'abord, et ensuite l'acceptation de l'offre, soient constatées authentiquement par un tribunal ou un notaire.

Art. 129. Lorsque, pour une déclaration, la légalisation

---

dique à réaliser, celles qui devaient se passer devant justice ou devant notaire, et être ainsi authentiquement constatées. Or il y a, sous ce rapport, à distinguer deux catégories d'actes, ceux qui doivent se passer effectivement devant justice ou devant notaire (cf. art. 925, 1015, 1317, 1434, 1750, 2276, 2290), exigeant, par suite, la présence des parties et leur comparution personnelle; et les actes simplement soumis à constatation authentique judiciaire ou notariée, lesquels seuls sont visés par l'article 128. Pour ces derniers la forme authentique peut s'appliquer même à l'acte fait entre absents. Il suffira dans ce cas, s'il s'agit de déclaration unilatérale, que l'émission de la déclaration soit faite par acte authentique, sans qu'il y ait à exiger notification dans la même forme; et, s'il s'agit de contrats, on se contente du fait que l'offre et l'acceptation, chacune séparément, ont été émises par acte authentique, sans qu'il y ait à imposer la présence de justice ou de notaire au moment où l'offre parvient au destinataire. On présume même, pour cette hypothèse, que l'auteur de l'offre, du moment que l'émission de l'acceptation sera faite par acte authentique et qu'elle aura date certaine, renonce à ce que cette acceptation, pour acquérir sa perfection définitive, lui soit notifiée et à ce qu'elle soit reçue par lui, comme c'est le droit commun (art. 130 et 151): le contrat, dans ce cas, est définitif et irrévocablement conclu par le fait de la rédaction de l'acceptation dans les formes de l'article 128 (art. 152). Et cette dernière présomption s'impose, d'après l'article 152, que l'authenticité soit prescrite par la loi ou par convention.

Art. 129. La légalisation est l'affirmation donnée par l'autorité compétente que l'auteur de la signature est bien la personne dont l'identité correspond à l'auteur de la déclaration, et que, par suite, l'auteur de la signature est bien celui de qui émane la déclaration énoncée au titre. Cela implique un titre rédigé sous forme écrite (art. 126, 127) et, en outre, une attestation de l'autorité compétente, correspondant à l'objet qui vient d'être indiqué. La désignation de cette autorité compétente, en tant qu'il s'agit d'une signature et non d'une marque d'identité à légaliser, est laissée au droit particulariste, si ce n'est que le notaire est toujours compétent; et il n'est pas absolument nécessaire, d'ailleurs, que la signature soit tracée en présence de l'autorité ainsi

publique est prescrite par la loi, la déclaration doit nécessairement être donnée sous forme écrite et la souscription de l'auteur de la déclaration être certifiée par l'autorité compétente, ou par un fonctionnaire compétent ou un notaire. Si la déclaration est souscrite par celui qui émet le titre au moyen d'une marque d'identité manuscrite, la légalisation de la marque d'identité, telle qu'elle est prescrite à l'article 126 al. 1, est nécessaire et suffisante.

La légalisation publique peut être remplacée par la constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée de la déclaration.

Art. 130. Une déclaration de volonté qui doit être émise

---

désignée; il suffit, lorsque le titre est signé d'avance, que la personne qui l'a signé reconnaisse, devant l'officier compétent, que la signature est bien la sienne (*Freiw. Ger. Ges.*, art. 183). D'autre part, comme elle doit se reconnaître l'auteur de la déclaration déjà faite, il ne saurait y avoir de légalisation d'une signature donnée en blanc, tandis que, la légalisation étant datée, l'acte légalisé fait preuve de sa date; et ce sont tout autant de différences avec l'acte écrit. qui ne serait qu'un acte écrit pur et simple (art. 126 et 127). Lorsqu'il s'agit d'une marque ou d'un signe d'identité à légaliser, la désignation de l'autorité compétente est alors soustraite au domaine du droit particulariste : et la loi n'admet plus que la légalisation par voie d'authenticité judiciaire ou notariée, conformément à l'article 126.

Art. 130. § I. L'article 130 traite du moment où une déclaration de volonté devient parfaite, et par suite irrévocable. Mais le Code civil distingue, pour que cette perfection soit acquise, comme deux degrés d'exécution, l'émission de la déclaration qui lui donne la valeur d'un fait juridique, désormais indépendant du décès ou de l'incapacité de son auteur, et sa réception par le destinataire, qui lui donne son achèvement définitif, et qui fait que toute révocation qui ne parviendrait qu'ultérieurement serait non avenue. Toute cette réglementation n'est faite, en principe, que pour les déclarations s'adressant à partie; et cela se comprend fort bien, en tant qu'il s'agit de la réception, ces sortes de déclarations étant seules susceptibles de réception. Mais la théorie relative à l'émission doit s'appliquer d'une manière générale; et l'on comprendrait également une déclaration ne s'adressant plus à partie,

envers un autre devient efficace, à supposer qu'elle soit émise en l'absence de ce dernier, au moment où elle lui parvient. Elle ne

---

une promesse de récompense, par exemple, puisque la grande majorité des auteurs rangent cette dernière dans cette catégorie de déclarations, pouvant présenter encore un stade initial d'émission qui ne s'identifierait pas avec son achèvement définitif. Si l'émission, en effet, est le fait, de la part de l'auteur de la déclaration, de s'en dessaisir, de telle sorte qu'il ait achevé toute la mise en œuvre qui doive dépendre de lui, on comprendrait que la remise à l'impression de l'annonce relative à la promesse de récompense constituât déjà un acte d'émission, désormais indépendant du décès ou de l'incapacité, alors que seule la publication donnerait à la promesse elle-même sa réalisation définitive. C'est donc, d'une façon générale, et pour toute espèce de déclarations, qu'il faut définir l'émission le fait, de la part de l'auteur d'une déclaration, d'avoir achevé, pour ce qui est de lui, la part qui doive lui revenir dans le procédé de publication ou de transmission choisi par lui; et dès qu'il en est ainsi, la déclaration existe, par rapport à celui qui l'a émise, comme un produit de sa volonté, désormais indépendant du décès ou de l'incapacité de son auteur. Il est intéressant de remarquer que le système de l'article 130, en ce qui touche les effets de l'émission, eût suffi, en matière de fondations, au moins de fondations testamentaires, à écarter l'idée d'un contrat entre le fondateur et l'État qui approuve la fondation (art. 80 à 83), puisque l'offre, dans la théorie allemande, peut bien survivre à celui de qui elle émane, mais, à une condition, qui est d'avoir été émise de son vivant; et à supposer que l'on eût voulu voir, dans l'acte de fondation par voie testamentaire, une offre contenue dans le testament, l'émission n'aurait pu en être considérée comme réalisée que du jour du décès du testateur (cf. art. 81, note § I).

§ II. Si l'émission fait de la déclaration une valeur juridique ayant déjà, par le fait même, une existence indépendante, la réception seule lui donne sa perfection en la rendant irrévocable : seule la réception en fait comme un produit juridique définitif et désormais acquis. Mais cela n'est vrai que des déclarations à partie; celles qui ne s'adressent à personne n'ont pas besoin de réception. Et il en serait ainsi même si en fait le déclarant les avait adressées à un intéressé qu'elles dussent concerner (cf. sur art. 116, note § III). Elles sont définitives dès que se trouve achevé l'acte par lequel elles doivent se manifester, sauf révocabilité particulière comme au cas de l'article 658. Les déclarations s'adressant à partie ne pouvaient être acquises,

devient pas efficace lorsque, antérieurement ou en même temps, parvient à l'autre une révocation.

---

au contraire, que lorsque l'intéressé serait censé en avoir pris connaissance; car il était inadmissible qu'elles puissent produire un effet de droit à son égard sans qu'il ait pu en être averti. Mais devait-on exiger une prise de connaissance réelle, système de la perception, ou une simple possibilité de prise de connaissance, système de la réception? C'est cette dernière théorie qu'accepte l'article 130, comme étant la seule qui réponde aux nécessités de la pratique, tant au point de vue des facilités de preuve qu'en ce qui concerne l'obligation de couper court aux résistances possibles du destinataire, dans le cas où il refuserait de prendre connaissance de la déclaration, refusant de recevoir la lettre ou le messager qui la lui transmet. L'article 130 se contente d'exiger que la déclaration soit parvenue au destinataire, sans ajouter qu'il en ait pris connaissance. Aussi, devrait-on considérer la déclaration comme acquise lorsqu'elle serait parvenue à destination dans des conditions telles que, normalement et conformément aux usages, le destinataire aurait dû en prendre connaissance, dépôt de la lettre dans sa boîte, remise du télégramme à son personnel, communication faite par le messager à l'un de ses employés, et autres procédés de ce genre; de sorte qu'il n'y ait pas à se préoccuper de savoir si le destinataire est absent ou présent, s'il a ouvert ou non son courrier. Mais, du moment qu'il s'agit d'une question d'usages, il faudra apprécier la possibilité de prise de connaissance, conformément aux usages, et adapter à cette appréciation le moment même de la réception. C'est ainsi que, si, d'après l'article 193, il résulte qu'il n'est pas d'usage de s'occuper d'affaires le dimanche et d'ouvrir son courrier d'affaires à pareil jour, la réception d'une déclaration arrivée un jour férié, à moins qu'il s'agisse d'affaire à jour fixe, ou d'une déclaration annoncée pour ce jour-là, devrait se trouver remise au jour suivant.

§ III. Resterait à se demander si ce système de réception s'appliquerait encore aux déclarations tacites. Sans doute on comprend difficilement ce que serait, pour les déclarations de ce genre, le fait de parvenir à destination, puisque ce qui les caractérise est précisément qu'elles ne se manifestent pas par un procédé de transmission directe destiné par l'usage à les porter à la connaissance de celui qu'elles visent. Aussi faudrait-il traduire le fait d'arriver à destination, dont parle l'article 130, par ce fait que les circonstances qui manifestent la déclaration et qui l'expriment se présentent de telle façon que le

Il est sans influence sur l'efficacité de la déclaration de volonté que l'auteur de cette dernière, après émission de la déclaration, meure ou devienne incapable d'exercice des droits.

---

destinataire ait pu en prendre connaissance et les interpréter dans le sens de la déclaration qu'elles expriment : ce serait encore la possibilité de prise de connaissance qui équivaudrait à réception, sans exiger la perception directe. Et peut-être en serait-il ainsi pour les déclarations tacites qui seraient l'accessoire d'une déclaration principale, et qui seraient censées devoir être connues dès que la première est arrivée à destination. Mais il ne saurait en être de même de celles qui, sous la forme tacite, auraient le caractère de déclarations principales. Sans doute, elles comportent encore la possibilité d'un procédé de transmission à celui qu'elles visent; et il est certain, quoi qu'on en ait dit, que le Code civil a admis qu'une déclaration adressée à partie pourrait n'être que tacite (*Pr.*, I, 177; cf. art. 182, note § III *in fine*). Toutefois ce mode de transmission ne se réalise pas par un procédé qui, d'après les usages, doive servir à toucher le destinataire et à lui porter la déclaration qui le concerne, mais plutôt par un procédé destiné uniquement à attirer son attention et à l'obliger à venir lui-même en prendre connaissance, par voie d'interprétation d'une circonstance de fait supposée connue de lui. Aussi fallait-il attendre, puisque cela implique un fait positif de sa part, que ce fait ait été réalisé, donc que le destinataire ait pris une connaissance effective de la déclaration, système de la perception. L'article 74 P[1] le disait expressément des déclarations tacites, portant qu'elles seraient parfaites et irrévocables par la prise de connaissance réelle. Si cette disposition a été supprimée, ce n'est pas qu'on ait voulu en revenir, pour les déclarations tacites, au système de la réception, impliquant simple possibilité de prise de connaissance, ni qu'on ait considéré ces sortes de déclarations comme ne pouvant être adressées à partie. C'est à raison de certaines distinctions que le principe, comme on l'a vu plus haut, aurait peut-être dû comporter : de telle sorte que la règle générale reste encore, comme dans le premier Projet, celle d'une perception directe en matière de déclarations tacites, au moins pour celles s'adressant à partie.

§ IV. La réglementation de l'article 130 ne vise expressément que les déclarations entre absents. Entre présents, c'est, par suite, le système de la perception réelle qui est seul applicable. Si donc on s'adresse à un sourd, qui ne perçoit pas la déclaration, il n'y a pas réception valable par le fait même, il n'y a pas encore irrévocabilité. Celui qui avait fait la déclaration, en la répé-

Ces dispositions reçoivent également application lorsque la déclaration de volonté doit être émise envers une autorité.

Art. 131. Lorsque la déclaration de volonté est émise envers

---

tant à nouveau, peut très légitimement en modifier le sens, et même refuser de la faire à nouveau. Il est admis, d'autre part (cf. art. 147), que les communications téléphoniques rentrent au nombre des déclarations à personne présente. Car, ce qui est décisif en pareil cas, c'est le fait qu'entre l'émission et la perception il n'y a aucun intervalle appréciable, et que les paroles échangées parviennent à celui à qui elles s'adressent sans aucun intermédiaire. Ici encore, si la partie à laquelle s'adresse la déclaration a mal entendu, ou mal compris la communication, et qu'elle en demande une reproduction, il n'y a encore rien d'irrévocable et l'auteur de la déclaration peut se refuser à toute communication nouvelle, ou faire une déclaration toute différente.

Art. 131. § I. L'article 131 indique quel sera le sort de la déclaration adressée à un incapable. Et il distingue suivant qu'il s'agit d'incapacité absolue ou d'incapacité restreinte. Dans le premier cas, la déclaration est, non pas nulle, ce qui impliquerait que même l'émission en fût non avenue, au point de vue de l'application de l'article 130 al. 2, mais inefficace si elle est reçue par l'incapable : il y a nullité de la réception faite par l'incapable. C'est que la réception d'une déclaration implique le fait d'une volonté consciente et d'une intelligence capable d'apprécier la portée de la communication ainsi faite. Toutefois, comme la déclaration n'est pas nulle en elle-même, elle est censée adressée éventuellement au représentant légal de l'incapable, de telle sorte que la même déclaration, sans qu'il y ait à exiger qu'on en fasse une nouvelle, devient désormais parfaite, au sens de l'article 130, dès qu'elle parvient au représentant de l'incapable.

§ II. Toute cette réglementation suppose l'incapacité antérieure à l'émission. Aussi doit-on se demander si la déclaration subsisterait encore et pourrait être valablement reçue, si l'incapacité se produisait entre l'émission et l'arrivée à destination; et la question serait la même au cas de décès du destinataire, survenu dans l'intervalle. Le décès ou l'incapacité de l'auteur de la déclaration survenus après l'émission ne suffisent pas à révoquer de plein droit la déclaration; si donc les mêmes événements se produisent du côté du destina-

un incapable d'exercice des droits, elle ne peut devenir efficace avant d'être parvenue au représentant légal.

Il en est de même lorsque la déclaration de volonté est émise

---

taire, il fallait se demander s'il pourrait y avoir encore réception valable, soit par les héritiers au cas de décès, soit par le représentant légal au cas d'incapacité. Or la question, cette fois, n'est plus qu'une question de présomption de volonté, dépendant du point de savoir si l'offre doit être censée s'adresser éventuellement soit aux héritiers, soit encore à son destinataire à le supposer devenu incapable, et par suite, pour cette hypothèse, à celui qui le représenterait. La loi n'a voulu établir aucune présomption à ce sujet; mais il paraîtra conforme aux usages d'admettre qu'il en soit ainsi, au moins en tant qu'il ne s'agit pas de déclaration dont les effets aient été envisagés en considération de la personne même à qui la déclaration s'adresse.

§ III. L'article 131, en parlant d'incapables, vise les incapacités de l'article 104; et l'on sait que le Code civil, contrairement au premier Projet (art. 64 al. 2 et 66 P[1]), ne range plus parmi les incapables les individus atteints de troubles passagers et dont l'état d'inconscience serait purement transitoire; l'article 105 se contente d'annuler les déclarations qui émaneraient d'eux alors qu'ils sont dans cet état. Mais aucun texte n'annule la déclaration dont la réception se placerait, en ce qui les concerne, pendant que dure cet état momentané d'inconscience. Donc cet état n'influerait en rien sur la validité de la réception, et il fallait bien qu'il en fût ainsi dans la théorie de l'article 130, qui substitue le système de la réception à celui de la perception réelle. Sinon, on n'aurait jamais été sûr, lorsqu'on adressait une déclaration à quelqu'un, que ce dernier ne fût pas en état de perturbation morale, ne serait-ce qu'en état d'ivresse, au moment de l'arrivée à destination. Bien entendu, cette solution ne s'applique que relativement aux déclarations qui n'exigent pas la perception réelle; donc il n'en serait plus ainsi pour la déclaration entre présents. Une déclaration orale adressée à une personne qui fût dans un état d'inconscience ne pourrait pas être valablement reçue par elle.

§ IV. Passant aux incapacités restreintes, celles des articles 106 et 114, l'article 131 applique le même principe d'inefficacité de la réception faite par l'incapable, sauf deux atténuations : 1° ce principe ne s'applique plus si, par suite de l'effet juridique dérivant de la déclaration, l'incapable doit retirer de l'acte un pur avantage gratuit. C'est une distinction analogue à celle admise par l'article 107 pour les déclarations émanant du mineur. Il y a toutefois cette

envers une personne de capacité restreinte. Si cependant la déclaration a pour conséquence, pour la personne de capacité restreinte, de réaliser exclusivement un avantage juridique, ou que le représentant légal ait accordé son autorisation, la déclaration devient efficace au moment où elle parvient à cette personne de capacité restreinte.

Art. 132. Une déclaration de volonté est également réputée parvenue à destination lorsqu'elle a été signifiée par l'intermé-

---

différence que, pour les déclarations faites par le mineur, ce n'est pas la déclaration qui est nulle, lorsque l'acte qui en résulte ne procure pas un pur avantage gratuit au mineur, c'est l'acte juridique qui se trouve annulé; tandis que, par rapport aux déclarations reçues par le mineur, lorsqu'elles doivent avoir pour effet de produire autre chose qu'un avantage gratuit, c'est déjà la déclaration qui se trouve devenir inefficace, avant qu'il y ait à parler de l'acte qui en résulte (art. 111); 2° ce principe de la nullité de réception faite par l'incapable ne s'applique plus, lorsqu'il y a eu autorisation préalable de son représentant légal.

Art. 132. § I. La procédure de notification par huissier admise par l'article 132 était indispensable pour les cas où il y aurait à vaincre ou à déjouer les résistances de la partie à qui s'adresse la déclaration, laquelle aurait pu s'opposer à la réception et empêcher l'arrivée à destination, au sens et sous les conditions de l'article 130. Et il faut remarquer que l'emploi de cette procédure est permis sans qu'il y ait à établir qu'il s'agisse d'une déclaration que le destinataire soit légalement obligé de recevoir. On a voulu donner à l'expéditeur d'une déclaration un moyen certain de s'assurer qu'elle parvînt à destination. Et ce qu'il faut remarquer sur cette procédure de notification par huissier, laquelle se fera conformément aux dispositions du Code de procédure (art. 166 suiv.), c'est qu'elle sera toujours assimilée à une réception au sens de l'article 130, même dans les hypothèses, assez rares il est vrai, où les conditions de réalisation de la notification par huissier ne répondraient plus aux conditions de la réception d'après l'article 130. Il y aura donc lieu d'admettre comme répondant à l'application prévue par l'article 132 même la signification postale par huissier, telle qu'elle est réglée par les article 193 suiv. C. Pr. all. Et de même appliquerait-on les règles du Code de procédure pour

diaire d'un huissier. La signification se fait conformément aux dispositions du Code de procédure civile.

Si, relativement à la personne de celui envers qui la déclaration doit être émise, l'auteur de la déclaration se trouve dans une ignorance qui ne soit pas imputable à négligence ou que la résidence de cette personne soit inconnue, la signification peut être faite conformément aux règles du Code de procédure civile établies pour la signification publique d'une citation. Pour le consentement relatif à cette procédure, est compétent, dans le premier cas, le tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'auteur de la déclaration a son domicile ou, à défaut de domicile dans l'intérieur de l'Empire, celui dans le ressort duquel il a sa résidence, et, dans le dernier cas, le tribunal de bailliage dans le ressort duquel la personne que la signification concerne a eu son dernier domicile ou, à défaut de domicile dans l'intérieur de l'Empire, sa dernière résidence.

Art. 133. Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, il

---

le cas où il s'agirait d'une déclaration à faire à plusieurs représentants (art. 171) ou à un soldat (art. 172). Hölder (p. 297) est même d'avis d'étendre par voie d'analogie la règle de l'article 172 du Code de procédure civile, d'après laquelle, s'agissant de soldats ou de sous-officiers, la signification qui les concerne vaut, dès qu'elle est faite à l'officier qui est leur chef immédiat. Il considère qu'il doit en être ainsi de tous ceux qui vivent sous la dépendance d'un autre, dans la maison ou l'établissement de celui dont ils dépendent : les notifications qui les concernent doivent valoir dès qu'elles sont faites, au directeur de l'établissement s'il s'agit par exemple de détenus, ou au maître s'il s'agit de gens de service.

§ II. Le second paragraphe de l'article 132 prévoit deux cas d'application de la procédure de notification publique, dont l'utilité était manifeste (art. 204 et suiv., C. Pr. all., art. 209).

Art. 133. La règle d'interprétation de l'article 133 semble être en contradiction avec la théorie de la déclaration de volonté, telle que le Code civil allemand l'a admise, au moins partiellement. Cette dernière consiste à ne tenir

faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression.

Art. 134. Un acte juridique qui porte atteinte à une prohi-

---

compte que de la volonté déclarée, alors que l'article 133 paraît vouloir que l'on fasse en toute matière prédominer la volonté vraie sur la volonté apparente. Pour concilier cette sorte d'antinomie, il suffit de remarquer que l'article 133 ne vise que la volonté déclarée elle-même et qu'il a pour but d'indiquer comment on devra faire apparaître cette volonté, objet de la déclaration. Il signifie que, pour connaître la volonté telle qu'elle a été déclarée, il ne faut pas s'en tenir aux termes seulement de la déclaration; il faudra s'entourer de tous les éléments d'interprétation résultant des circonstances qui servent de milieu ambiant à la déclaration. Cette dernière ne se compose pas seulement des termes qui l'expriment, mais de tous les éléments extérieurs sur lesquels a pu compter l'auteur même de cette déclaration pour en révéler le sens exact. Cette interprétation devra se faire comme tout homme de bon sens et d'équité la ferait lui-même en tenant compte des circonstances qui expliquent les termes dont on s'est servi. Mais, une fois cette interprétation ainsi fixée, la volonté qui en résulte s'impose en tant que volonté déclarée, alors même qu'il serait établi que cette volonté n'était pas celle que l'auteur de la déclaration avait l'intention de manifester. Si donc il s'est trompé dans sa déclaration, l'article 133 ne signifie pas que le juge aura le droit de substituer la volonté vraie, celle que l'on avait dans l'esprit, à celle qui a été déclarée : la ressource sera dans ce cas l'annulation pour erreur, conformément aux règles de l'article 119. (Sur tous ces points, voir Sal., *Déc.*, sur art. 133 et art. 119.)

Art. 134. L'article 134 indique quelle est, en cas de doute, la sanction que la loi est censée avoir voulu donner à ses dispositions : ce sera la nullité. Si le contraire résultait de l'ensemble des dispositions de la loi, cela signifierait, l'acte n'étant pas nul, que la sanction de la loi consiste dans la responsabilité de ceux à qui l'acte se trouverait imputable. Mais pour que ce principe de nullité s'appliquât, en tant que sanction de droit commun des dispositions légales, il ne suffirait pas que, par voie d'interprétation ou de déduction, on jugeât que l'acte fût en contradiction avec l'économie de la loi ou avec ses principes : il faudrait établir que l'acte a été réellement visé par la loi et prohibé par elle. On n'exige pas forcément une disposition expresse qui l'interdise; mais il faut tout au moins que, de l'ensemble des dispositions légales,

bition légale est nul, lorsque de la loi ne résulte pas une solution différente.

Art. 135. Si un acte de disposition relatif à un objet porte

---

résulte la preuve que l'acte a été prévu et prohibé comme tel. C'est ce que l'on a voulu exprimer en parlant d'*acte qui porte atteinte à une prohibition légale*, c'est-à-dire à une défense spéciale visant l'acte lui-même pris en particulier. On avait proposé d'autres formules; il y était question *d'actes contraires aux lois* ou *contraires à la loi :* on a craint que l'on pût en déduire de pures prohibitions indirectes résultant de l'ensemble général des lois régissant une matière, alors que l'acte n'eût été prévu par aucune loi en particulier. On a craint l'arbitraire qui en résulterait, et ces formules ont été repoussées.

Art. 135. § I. L'article 135 ne vise pas les cas d'inaliénabilité qui seraient établis par la loi dans un intérêt d'ordre public : l'acte de disposition qui serait accompli en violation d'une prohibition de ce genre serait nul, de nullité absolue, en vertu de l'article 134. Il vise uniquement le cas où cette prohibition eût été admise dans un intérêt purement individuel. C'est ce qui se présente, par exemple, au cas de contrat d'aliénation, lequel ne produit encore, on le sait, qu'une obligation d'aliéner, sans réaliser le transfert par lui-même : dans ce cas, il y a défense, pour celui qui s'est engagé à procéder au transfert, le vendeur par exemple, d'aliéner la chose au profit de toute autre personne que celle envers laquelle il s'est obligé. Dans toutes ces hypothèses, l'acte de disposition qui serait accompli en violation d'une prohibition de cette nature ne serait plus nul de nullité absolue. L'article 135 donne seulement le droit aux personnes dans l'intérêt desquelles la prohibition avait été établie de considérer l'acte comme non avenu. Et, en principe, elles peuvent opposer l'inexistence de cet acte même à l'égard des tiers, sauf les protections générales admises au profit de ces derniers, en vertu même du droit commun, en considération de leur bonne foi. Tel est le système général établi par l'article 135.

§ II. Par acte de disposition, il faudra comprendre tout acte par lequel on transférerait, greverait ou éteindrait un droit ainsi déclaré indisponible dans l'intérêt individuel de certaines personnes. Et il faudrait comprendre parmi les actes de ce genre même la saisie ou l'exécution forcée : le bien est devenu insaisissable dans la mesure où il est devenu indisponible, et sous les mêmes sanctions.

atteinte à une prohibition légale d'aliéner qui ne vise que la protection de certaines personnes déterminées, cet acte est inefficace à l'égard de ces personnes seulement. Il faut assimiler à l'acte de

---

§ III. Cette sanction n'est pas la nullité de l'acte ainsi accompli. Cet acte va produire ses effets. Si donc il s'agit de transfert, le transfert sera valablement opéré au profit de celui en faveur de qui il avait été réalisé. Seulement les personnes visées et protégées par la loi peuvent considérer, quant à elles, l'acte comme non avenu et se prévaloir de l'inexistence toute relative de cet acte dans la mesure où la chose que l'acte avait pour objet se trouve encore sous leur mainmise. Il faut remarquer, en effet, que la loi ne leur donne aucune action personnelle et directe contre l'acquéreur pour obliger ce dernier à leur restituer la chose qu'il a acquise. Il faut donc supposer que l'ayant droit se trouve en mesure soit de retenir la possession de la chose, soit d'empêcher que celle-ci soit livrée à l'acquéreur. Si cette livraison a eu lieu, s'agissant de chose mobilière, l'ayant droit n'aura pas, sans doute, d'action directe en restitution contre le possesseur; mais, pouvant considérer, quant à lui, le vendeur comme resté propriétaire et comme ayant de ce chef une action en répétition, il pourra obliger ce dernier, au besoin même par jugement (art. 897 C. Pr. all.), à lui céder cette action. S'il s'agissait d'immeuble et que l'inscription aux livres fonciers ait eu lieu, l'ayant droit invoquerait alors l'article 888 al. 2, pour obtenir, au besoin même par jugement (art. 895 C. Pr. all.), que l'immeuble fût immatriculé à son nom.

§ IV. Seulement, tous ces moyens de recours ne peuvent être invoqués contre l'acquéreur ou, d'une façon générale, contre les tiers, que dans la mesure où ceux-ci ne sont pas protégés par le droit commun lui-même à raison de leur bonne foi. Il y aurait donc lieu d'appliquer ici, pour la protection des tiers de bonne foi, les règles admises par les articles 405, 932, 892 et 893.

§ V. D'autre part, si celui-ci à l'encontre de qui existe cette inaliénabilité relative tombait en faillite, les personnes au profit de qui l'inaliénabilité avait été établie ne pourraient plus l'opposer à la masse : car elles-mêmes sont des créanciers faisant partie de la masse de la faillite et ne pouvant jouir d'un droit de préférence spécial. Elles ne pourront se prévaloir que de la nouvelle indisponibilité qui va s'établir dans l'intérêt de la masse, et qui rentre bien, elle aussi, dans le domaine d'application de l'article 135; mais c'est désormais une indisponibilité qui protège tous les créanciers de la masse, et non quelques-uns seulement (art. 13, *Konk. Ordn.*).

disposition par acte juridique l'acte de disposition qui se réalise par voie d'exécution forcée ou de procédure de saisie.

Reçoivent application correspondante les dispositions établies en faveur de ceux qui tiennent leurs droits d'un non-ayant droit.

Art. 136. Une prohibition d'aliéner prononcée par justice ou par toute autre autorité dans les limites de sa compétence est assimilée à une prohibition légale d'aliéner de l'espèce désignée à l'article 135.

Art. 137. La faculté de disposer d'un droit aliénable ne peut

---

Art. 136. Cf. C. Pr. all., art. 829, 857, 935, 938, 940, et C. Pr. pén., art. 332, 335, 480.

Art. 137. § I. La règle de l'article 137 repose sur cette idée que, lorsqu'un droit est cessible ou aliénable de sa nature, les particuliers ne peuvent pas en altérer le caractère en le déclarant indisponible. Et cette règle s'appliquera même aux droits de créance, sous la réserve toutefois des articles 399 et 413, en ce sens que le créancier peut créer la créance incessible, mais que, si la créance à l'origine n'a pas reçu ce caractère d'incessibilité, il ne peut pas lui être attribué après coup. Et cette distinction s'appliquera à tous les droits de caractère mixte visés par l'article 413, tels que la propriété littéraire. S'il s'agit de droits qui ne sont pas créés par contrat, et c'est le cas de cette dernière, leur caractère légal est la cessibilité et les intéressés ne peuvent plus le leur enlever; mais, pour reprendre l'exemple de la propriété littéraire, lorsque celui à qui elle appartient fait une convention qui ne soit que l'application de son droit de propriété, les droits particuliers constitués par cette convention peuvent être déclarés incessibles par application des articles 413 et 339; c'est ce qui arrivera, par exemple, au cas de cession des droits d'auteur et dans d'autres hypothèses analogues.

§ II. Il faut remarquer, d'autre part, que l'article 137 ne déclare pas nulle la convention d'indisponibilité; il se contente de lui enlever ses effets réels. Elle n'a pas d'effet à l'égard des tiers. Elle garderait donc ses effets personnels; elle vaut entre les parties. Cette disposition aura pour effet désormais de supprimer toute inaliénabilité réelle en matière de régime dotal (sur tous ces points, Sal., *Déc.*, sur art. 137).

être supprimée ni restreinte par acte juridique. Cette règle n'enlève rien de son efficacité à l'obligation qui aurait pour objet de ne pas disposer d'un droit de cette nature.

Art. 138. Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul.

Art. 138. § I. L'article 138 suppose, pour qu'un acte soit qualifié d'acte contraire aux mœurs, que le juge ait eu le droit de faire porter son appréciation sur tous les éléments qui le caractérisaient, même en dehors de ceux qui en constituaient le contenu juridique. Il pourrait tirer cette appréciation même des motifs de l'acte, mais dans la mesure seulement où il rentrerait dans les usages de tenir compte des motifs pour juger de l'immoralité de l'acte. Il faut remarquer, en effet, que le criterium tiré des mœurs et des usages ne sert pas seulement à définir l'immoralité qualitative de l'acte, mais sert également à déterminer les éléments qui, par leur caractère spécifique, pourront donner à l'acte cette qualification d'acte contraire aux mœurs.

§ II. Quant à savoir d'après quelle conception on devra juger que tel élément constitutif d'un acte juridique est taxé d'immoralité, c'est encore d'après les mœurs courantes que le juge devra se former son appréciation. Après d'importantes et de vives discussions, principalement devant le Reichstag, on a rejeté différentes formules dans lesquelles il était question d'acte contraire, non seulement aux bonnes mœurs, mais à l'ordre public. On a considéré que cette dernière conception avait un caractère de généralité abstraite qui pouvait devenir extrêmement dangereux, et qu'entre autres le juge pourrait se croire autorisé à se faire une conception philosophique ou politique, sinon religieuse, de l'ordre public, tirée soit de l'ensemble des principes constitutionnels, soit de l'économie générale de la législation, soit même d'un système personnel de politique sociale ou de philosophie soit morale, soit religieuse. Le parti socialiste avait violemment défendu cette mention de l'ordre public, dans le but de faire considérer comme en étant la violation tout contrat qui fût conçu dans un esprit défavorable aux principes sur la protection due aux travailleurs. Ce sont précisément ces conséquences possibles de la formule ainsi présentée qui ont effrayé la majorité du Reichstag, laquelle a voulu s'en tenir à un criterium non plus théorique, mais purement pratique, tiré des usages et des conceptions adoptées par les mœurs; de sorte que les clauses visées par le parti socialiste ne seraient susceptibles de frapper l'acte d'immo-

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui,

---

ralité que si cette dernière est considérée et acceptée comme telle, non pas d'après tel ou tel système de politique sociale, mais par le courant général des mœurs publiques. Ce qui ne veut pas dire que le juge devrait se contenter de constater ce qui se pratique en fait, c'est-à-dire de s'en tenir aux usages tels qu'ils seraient, mais bien qu'il devrait se placer au point de vue de ce que l'opinion générale exigerait pour se conformer à la conception qu'elle se forme de la moralité en matière contractuelle et, d'une façon plus large, en matière juridique. (Sur tous ces points, Sal., *Déc.*, sur art. 138.)

§ III. Sur un point cependant, l'article 138 a tenu à faire une application spéciale du principe qu'il venait de poser; c'est en ce qui concerne les contrats léonins, constituant, par conséquent, par le fait même de la disproportion des équivalents, une exploitation de l'une des parties par l'autre. Il s'agit donc d'une extension de la conception nouvelle admise en matière de contrats usuraires par les lois du 24 mai 1880 et du 19 juin 1893. D'après ces lois, l'usure ne résulte plus forcément de la seule élévation du taux de l'intérêt, mais de la preuve une fois établie que cette disproportion d'équivalents provenait d'une exploitation de la misère, de l'âge ou de la faiblesse de celle des parties qui l'a subie. La loi de 1893 avait étendu ce système non seulement aux contrats à crédit, pour lesquels seuls la conception classique de l'usure se trouvait admise, mais même aux contrats au comptant, ce que l'on a quelquefois appelé « l'usure réelle », résultant de la disproportion des prestations fournies : seulement, on exigeait encore que cette usure, dans tous les cas, fût habituelle ou professionnelle. Un acte isolé ne tombait pas sous le coup de la loi. Cette dernière condition est désormais rejetée par l'article 138, qui annule, comme contraire aux mœurs, même un seul acte, dans lequel la disproportion des équivalents serait le résultat d'une exploitation de l'une des parties : c'est faire désormais de la lésion une cause de nullité, mais à la condition de ne pas s'en tenir à une constatation purement objective de la lésion, mais à la preuve d'une exploitation subjective de l'individu. Les conditions de la nullité sont donc de deux sortes : un élément purement objectif, consistant dans la disproportion des équivalents, laquelle n'est pas fixée *a priori* d'après un écart mathématique de proportionnalité, mais qui doit être telle qu'elle choque les mœurs, ce qui est l'application pure et simple du principe général de l'article 138; puis un élément subjectif, qui est le fait d'une exploitation de

obtient, pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante.

Art. 139. Lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle, l'acte juridique tout entier est nul, s'il n'y a pas lieu d'admettre que

---

l'individu qui a subi la lésion. Et par là il faut entendre, non pas le fait de la part de la victime de la lésion d'avoir subi une pression à laquelle sa volonté n'a pas résisté, ce qui serait un point de vue susceptible de rentrer parmi les vices du consentement, mais le fait tout différent de la part de l'autre partie d'avoir tiré parti d'un état de faiblesse ou de misère de celui avec qui elle contractait. Il ne s'agit donc pas d'un vice du consentement, mais d'un acte immoral de la part de celui des contractants au profit de qui la disproportion des équivalents se trouve exister. Aussi la sanction est-elle la nullité de l'acte, et non l'annulabilité.

Art. 139. § I. L'article 139 consacre une règle d'interprétation de volonté d'après laquelle les parties sont présumées avoir voulu subordonner le maintien de l'acte réalisé par elles au maintien intégral de toutes les clauses et de tous les éléments qui le constituent. Si donc une clause seulement de l'acte se trouve nulle, ce dernier tout entier doit tomber : tel est le principe. Il faut reconnaître toutefois que, pour savoir si telle ou telle clause fait partie de tel acte juridique déterminé, il faut s'en tenir au contenu de l'acte, sans que l'on puisse le reconstituer dans son unité réelle, en dehors de la déclaration formelle sous laquelle les parties ont voulu le réaliser. C'est ainsi, au cas de promesse abstraite, qu'on n'aurait pas le droit de s'appuyer sur la nullité de telle clause indépendante, conclue à l'état d'acte séparé, et que l'on considérerait comme faisant partie, en réalité, de l'acte passé sous forme de promesse abstraite, pour annuler cette dernière. Il n'en serait ainsi que si l'on s'appuyait sur l'immoralité de la clause ainsi visée, et que, d'après les conceptions exposées sur l'article 138, on pût considérer cette clause comme constituant la cause ou le motif de la promesse, de telle sorte que l'appréciation en fût remise au juge en vertu de l'article 138 lui-même. Mais ce serait là une tout autre théorie, appartenant au domaine de l'article 138, et

même sans la partie qui se trouve nulle, l'acte eût été encore accompli.

---

ne tombant pas sous l'application de l'article 139. Il en résulte que, si la nullité de la clause ainsi rattachée à l'acte principal, bien qu'elle fût exclue de la déclaration qui en forme le contenu, résultait de toute autre cause que la violation des bonnes mœurs, conformément à l'article 138, l'acte principal resterait valable, l'article 139 ne s'appliquant plus; et il n'y aurait de ressource que dans la théorie sur l'enrichissement sans cause. C'est ce qui s'appliquerait, par exemple, en matière de contrat d'hérédité. Ce principe d'interdépendance des clauses d'un acte juridique ne s'applique cependant plus, en règle générale, en matière d'actes de dernière volonté (cf. art. 2195), si ce n'est dans les cas où il existe un lien de connexité entre les différentes dispositions de l'acte (cf. art. 2085 et art. 2298).

§ II. Par exception au principe de l'article 139, bien que la clause supposée comprise dans le contenu de l'acte juridique soit nulle, il peut arriver que l'acte ne soit pas nul par contre-coup. Il en est ainsi lorsque les parties auront considéré cet élément, qui se trouve nul, comme n'étant pas indispensable au maintien de l'acte pris dans son ensemble. Seulement cette dernière preuve incombe aux intéressés, c'est-à-dire à celui qui soutient que l'acte subsiste : car c'est la présomption contraire qui est la présomption légale.

§ III. D'autre part, il faut reconnaître que cette réserve de la seconde disposition de l'article 139 s'appliquera bien rarement lorsque la clause, ainsi considérée comme purement accessoire et par avance éventuellement abandonnée par les parties, sera nulle comme contraire aux bonnes mœurs; car le seul fait, de la part de celui qui l'a introduite dans l'acte, d'y avoir renoncé par avance, pour le cas où elle se trouvât frappée de nullité, n'empêcherait pas l'acte, presque toujours, d'avoir été inspiré par un but qui le rend illicite, conformément à l'article 138. De sorte que, pour prendre l'exemple le plus pratique, qui est celui de la donation, lorsque la condition qui l'accompagne est illicite, non seulement la loi ne présume pas que le donateur ait accepté de la tenir pour non écrite pour le cas où la nullité en fût reconnue, mais, dans le cas même où la preuve de cette intention serait fournie, en ce qui concerne le donateur, elle ne suffirait pas à rendre la donation licite et à la faire maintenir en la dégageant de la clause suspecte. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait supposer une charge dont l'objet en soi fût illicite, à l'insu du donateur, sans qu'il y ait eu de sa part ni intention, ni désir, de favoriser la réalisation d'un

Art. 140. Lorsqu'un acte juridique nul satisfait aux exigences d'un autre acte juridique, ce dernier vaut à ce titre, s'il y a lieu d'admettre que sa mise en vigueur, à supposer que l'on eût connu la nullité, aurait été voulue.

---

but illicite. Dans ce cas exceptionnel, si la preuve d'une intention conforme à la seconde disposition de l'article 139 était faite, la réserve admise par cette seconde disposition s'appliquerait encore; mais, en tous cas, elle s'appliquerait toujours si cette preuve était fournie à propos d'une charge qui fût déclarée nulle pour toute autre cause que celle de l'article 138.

Art. 140. L'espèce prévue par l'article 140 diffère à un double point de vue de celle de l'article 139 : 1° l'acte est nul pour le tout, dans ses éléments essentiels; et 2° l'acte que l'on substitue au premier, bien que chacun de ses éléments ait dû se trouver contenu dans la déclaration frappée de nullité et voulu, comme tel, à l'état isolé, n'a pas été prévu ni voulu dans son ensemble par les parties, et résulte par conséquent de la volonté du juge, qui opère ainsi conversion d'un acte en un autre. Cette conversion aurait pu se heurter à une double objection, celle résultant de la nullité de l'acte, d'où l'on aurait pu induire qu'un acte nul ne peut plus produire d'effets; et l'autre, provenant de l'extension des pouvoirs donnés au juge, puisque ce dernier va faire, en dehors de toute question d'interprétation de la volonté réelle des parties, ce qu'il est à présumer que celles-ci auraient fait si elles eussent prévu la nullité. Mais, pour que ce procédé de conversion soit possible, il faut supposer réalisée une double condition : tout d'abord la nullité de l'acte, de telle sorte que, s'il était à présumer, sans qu'il y ait nullité proprement dite, que les parties, mieux informées, eussent accepté des clauses différentes de celles qu'elles ont réellement déclarées, le juge n'aurait pas le droit de substituer cet acte éventuel à celui qui a été fait; et la seconde condition est que les éléments de l'acte nouveau substitué à celui qui se trouve nul aient été compris à l'état isolé dans la déclaration frappée de nullité : c'est une nouvelle garantie contre l'extension des pouvoirs du juge. Ce principe de conversion s'appliquerait même en matière testamentaire, par exemple si un contrat d'hérédité se trouve nul pour défaut de formes (art. 2276) et que cependant il contienne les éléments d'un testament olographe, et à supposer, bien entendu, que le disposant eût été en âge de faire un testament olographe valable (art. 2229 et 2238).

Art. 141. Lorsqu'un acte juridique nul est confirmé par celui qui avait accompli l'acte, la confirmation doit être considérée comme le fait d'accomplir à nouveau l'acte juridique.

Art. 141. Le Code civil distingue expressément deux catégories de nullités: la nullité proprement dite et l'annulabilité; mais il n'a pas cru devoir en donner, ni pour l'une ni pour l'autre, une définition doctrinale. Il tient pour sous-entendu qu'au cas de nullité tous les effets juridiques que l'acte aurait dû produire sont considérés comme non avenus, et que cette nullité peut être invoquée par tous les intéressés, sans qu'il soit besoin de la faire déclarer en justice et sans que la faculté de l'invoquer constitue un droit soumis à prescription, au sens de l'article 194. Il allait de soi qu'un acte de ce genre ne pouvait être susceptible de confirmation à proprement parler et que ce que l'on pourrait appeler la «confirmation de l'acte» n'en serait qu'un renouvellement, valable seulement à sa date, et sous la double condition que les parties aient eu connaissance de la nullité et que les causes de cette dernière se trouvent avoir disparu. Si l'article 141 a cru devoir le dire expressément, c'est qu'il devait admettre, pour le cas de contrats seulement, une exception, au moins apparente, au principe qui fixe à la date où il intervient le nouvel acte compris sous le nom de «confirmation». S'agissant de contrats, on présume que les parties ont voulu que les rapports personnels qui en dérivent soient réglés comme si le contrat eût été valable *ab initio:* c'est une rétroactivité présumée, donc purement conventionnelle, en matière personnelle seulement. Les effets réels du contrat échapperaient, en tout état de cause, à cette présomption de rétroactivité, puisqu'il ne peut pas dépendre de la volonté des parties qu'un transfert ait eu lieu avant la date même où il se réalise; tandis qu'en matière d'obligations personnelles, on peut toujours en régler le contenu d'après ce que celui-ci aurait été à supposer le contrat existant à partir d'une date antérieure et nettement déterminée. Cette présomption trouvera surtout sa justification pour le cas où le contrat eût été exécuté de part et d'autre avant même que la nullité en fût reconnue; mais il importe de remarquer que son application est générale et qu'elle est loin de se limiter à cette hypothèse. Si donc il s'agissait d'un contrat opérant aliénation, et l'on sait qu'ils sont assez rares en droit allemand, la confirmation intervenant après nullité ne ferait pas que l'acquéreur eût été titulaire du droit à la date du contrat initial; et, s'il eût transmis lui-même avant toute connaissance acquise de la nullité le droit qu'il a cru acquérir, la confirmation qui interviendrait n'aurait pas pour effet de

Si un contrat nul est confirmé par les parties, celles-ci sont obligées, dans le doute, à se fournir réciproquement ce qu'elles auraient eu si le contrat eût été valable dès l'origine.

Art. 142. Si un acte juridique annulable est attaqué par voie d'annulation, il est à considérer comme nul dès l'origine.

Quiconque connaissait ou aurait dû nécessairement connaître (1) l'annulabilité sera traité, si la mise en œuvre de l'annulation a lieu, comme le serait celui qui aurait connu ou dû nécessairement connaître (1) la nullité d'un acte juridique (2).

Art. 143. La mise en œuvre de l'annulation se réalise par déclaration envers la partie adverse à l'annulation.

---

valider à sa date le second transfert qu'il aurait conclu. Toutes les transmissions successives ne s'opèreraient qu'au moment de la confirmation. Resterait à faire application, à l'égard des tiers, des dispositions protectrices de la bonne foi; de même qu'il y aurait lieu de les invoquer si, au cas de nullité, et sans qu'il y ait eu conformation, le prétendu acquéreur eût voulu transmettre le droit au profit d'un tiers.

Art. 142. (1) Sur le sens de cette expression, voir art. 122 et art. 56 et 57 en notes.

(2) L'article 142 traite de l'annulabilité et des effets qui en résulteront une fois que l'annulation aura été déclarée : ce seront tous les effets de la nullité, avec admission de la rétroactivité, même à l'égard des tiers. Tel est le principe. Ceux-ci, bien entendu, pourront invoquer, pour chaque cas pris en particulier, les protections accordées à la bonne foi; et l'exclusion de la bonne foi résultera des mêmes circonstances qui l'auraient justifiée au cas de nullité. C'est ce à quoi fait allusion le dernier alinéa du texte. Mais, en ce qui touche le droit d'invoquer l'annulabilité, droit réservé à certaines personnes déterminées, de même que la possibilité de confirmation, toutes caractéristiques de la nullité relative en droit français, ces particularités spéciales se retrouveront dans l'annulabilité du droit allemand.

Art. 143. § I. L'article 143 nous présente, en matière d'annulabilité, une des innovations les plus caractéristiques du Code civil allemand : l'annulation, au

Est partie adverse à l'annulation, dans un contrat, l'autre partie contractante, et, dans l'hypothèse de l'article 123 al. 2 pr. 2, celui qui a acquis directement un droit du contrat.

---

lieu de se réaliser par la voie judiciaire, sous forme d'action en justice, se fait par simple déclaration unilatérale de volonté, donc par acte privé. Du moment que les conditions de l'annulation sont fixées d'une façon absolue par la loi et ne dépendent pas de l'appréciation du juge, on a considéré que ce dernier n'avait pas à intervenir. Et, d'autre part, il a semblé que rien n'était plus contraire aux exigences de la pratique que de tenir pour non avenues toutes les menaces d'annulation, tant qu'elles ne se seraient pas formulées sous forme d'action judiciaire, et cela aussi longtemps que l'action en nullité ne fût pas prescrite : et encore admet-on, dans la théorie classique, que, sous forme d'exception, ce droit à nullité n'est soumis à aucune prescription et ne s'éteint jamais (V. art. 853 et note). Ce sont ces inconvénients qu'on a voulu supprimer.

§ II. Le système d'une déclaration unilatérale d'annulation n'innove pas en ce qui touche ceux à qui appartient le droit de déclarer la nullité : sous ce rapport, la loi, pour chacun des cas d'annulabilité, a désigné les ayants droit, comme elle l'aurait fait s'il se fût agi de déterminer à qui eût appartenu l'action en nullité, dans le système antérieur d'une annulation judiciaire (art. 119, art. 123). Mais il ne peut plus être question de prescription, puisqu'il ne s'agit plus d'un droit à faire valoir en justice; la loi a établi seulement des délais de forclusion, dans lesquels la déclaration doit intervenir (art. 121, art. 124). D'autre part, cette déclaration n'étant soumise à aucune forme solennelle, elle peut être tacite; et, une fois faite, l'annulation est acquise. Si donc celui qui l'a faite voulait revenir sur sa déclaration, ce serait un acte nouveau qu'il réaliserait par là, de sorte que, s'il s'agissait de contrat, il lui faudrait le consentement de l'autre partie. Il ne résulte pas du système qui vient d'être exposé que, si la partie soumise à l'annulation veut prétendre que les conditions de l'annulabilité n'existent pas, elle ne puisse plus soumettre cette prétention à la justice, sous forme d'action judiciaire. Seulement c'est à elle de prendre les devants; elle peut intenter l'action en constatation de droit, dont il est parlé au Code de procédure (art. 256); et même pourrait-elle l'intenter avant que la déclaration d'annulation ait eu lieu. Il va de soi aussi que cette dernière, pour être irrévocable, est soumise à toutes les conditions de l'article 130.

Dans un acte juridique unilatéral à accomplir envers un autre, cet autre est la partie adverse à l'annulation. Il en est de même

---

§ III. Quant aux effets de la déclaration, ils sont absolus, même au point de vue réel, en ce sens que l'acte annulé est nul *erga omnes*, donc à l'égard des tiers, sous les mêmes conditions que l'acte nul (cf. note sous art. 142), et sans qu'il soit nécessaire que la déclaration d'annulation soit adressée à tous ceux à l'égard desquels elle va produire ses effets. Il fallait donc déterminer quels seraient les destinataires légaux de l'annulation, c'est-à-dire la partie à laquelle la déclaration devrait être adressée pour qu'elle produisît ses effets.

§ IV. En matière de contrats, cette détermination était des plus simples : celui qui a droit à l'annulation, c'est l'autre contractant; une extension est apportée à ce principe pour le cas prévu par l'article 123, lorsque l'autre partie contractante se trouve étrangère au dol et que celui-ci émane d'un tiers qui retire un droit direct du contrat : il devient le destinataire légal de l'annulation, puisque c'est contre lui seulement que l'annulation doit produire ses effets. Mais, en ce qui touche les actes unilatéraux, la loi distingue entre ceux qui s'adressent à un tiers intéressé et ceux qui ne s'adressent à personne. Pour les premiers, la déclaration doit être faite au tiers à qui l'acte avait été adressé. Toutefois, il fallait prévoir le cas où l'acte, bien que s'adressant à une personne qui en soit la partie intéressée, a pu être passé devant une autorité administrative ou judiciaire, comme pour certaines déclarations à faire à l'office des livres fonciers (art. 875, 876, 880). Si on veut les annuler, cette annulation devra encore être adressée au tiers intéressé à l'acte, et non à l'administration devant laquelle il avait été réalisé. Mais, pour les seconds, vu leur caractère impersonnel, il n'y a plus de partie à qui l'acte s'adressait directement et vis-à-vis de qui l'on dût, par conséquent, déclarer l'annulation. Toutefois on a considéré que, s'il n'y avait plus de destinataires de l'acte, il y avait encore des intéressés directs à l'acte réalisé, et que c'étaient les tiers qui en eussent retiré un avantage immédiat : ils seront donc, là encore, les destinataires de l'annulation, comme par exemple, en matière de promesse de récompense, le tiers qui, ayant accompli le fait visé par la promesse, aurait droit à la récompense.

§ V. A cette règle, toutefois, la loi apporte une extension et certaines exceptions. L'extension vise les actes de cette catégorie qui doivent être adressés à une autorité ou passés devant une administration (cf. art. 928,

pour un acte juridique à accomplir, soit envers un autre, soit envers une autorité, alors même que ce fût envers l'autorité que l'acte juridique eût été accompli.

---

art. 1491). Dans bien des cas, s'il arrive qu'un tiers ait acquis un droit direct de l'acte annulé, on peut encore lui adresser la déclaration d'annulation; mais comme ce peut n'être là qu'une éventualité non encore réalisée, ou que ces tiers peuvent être inconnus, cette déclaration peut être valablement adressée à l'autorité ou à l'administration qui avait reçu l'acte. Les exceptions se rencontrent dans tous les cas où la loi désigne expressément une autorité pour recevoir la déclaration d'annulation, comme par exemple celle qui concernerait une renonciation à succession : si elle était annulable, l'annulation devrait en être déclarée au tribunal de la succession, et de même en matière d'acceptation de succession (art. 1955). Il semble bien ici que, si l'annulation était adressée aux intéressés directs, ceux à qui l'acceptation ou la renonciation avaient profité directement, elle serait non avenue (cf. également art. 2081).

§ VI. Toutefois, dans toutes les hypothèses qui viennent d'être indiquées, une difficulté peut se présenter, lorsqu'il y a plusieurs destinataires légaux de l'annulation, comme par exemple s'il s'agit d'un testament ne contenant aucune disposition qui exige que l'annulation en soit adressée à justice (art. 2081), et portant plusieurs legs au profit de personnes différentes, qui constituent tout autant de destinataires légaux de l'annulation. La déclaration d'annulation faite à un seul sera-t-elle valable à l'égard de tous; devrait-on en restreindre les effets à celui à qui elle eût été adressée; ou enfin exigerait-on, pour qu'elle eût effet même à l'égard de celui qui l'a reçue, qu'elle fût adressée à tous? La question n'a pas été tranchée expressément; et l'on voit qu'elle diffère nettement de celle relative aux effets de l'annulation à l'égard des tiers. Cette dernière suppose une déclaration d'annulation valable, comme ayant été adressée à qui de droit, auquel cas elle vaut *erga omnes*. Mais il s'agit de savoir, lorsqu'il y a plusieurs ayants droit et que la déclaration n'a été adressée qu'à l'un d'eux, si elle est encore valable, ou tout au moins à l'égard de qui elle sera valable. La solution qui semble prévaloir est qu'il faut distinguer si l'acte était ou non divisible; s'il pouvait être considéré comme formant une série d'actes distincts, passés avec chacun des ayants droit, la déclaration adressée à l'un de ces derniers seulement annule l'acte qui le concernait, et pas les autres. Mais, pour les actes indivisibles, la question se

Pour un acte juridique unilatéral d'une autre espèce, est partie adverse à l'annulation toute personne qui, sur le fondement de cet acte, eût retiré directement un avantage juridique. La mise en œuvre de l'annulation peut cependant, lorsque la déclaration de volonté devait être émise envers une autorité, avoir lieu par déclaration envers cette autorité; l'autorité doit donner communication de la mise en œuvre de l'annulation à celui que l'acte juridique concernait directement.

Art. 144. La mise en œuvre de l'annulation est exclue lorsque

---

complique; d'autant qu'on peut se demander dans quel cas un acte est indivisible ou non, comme lorsqu'il s'agit par exemple d'un contrat passé avec plusieurs personnes : admettra-t-on, si on l'annule à l'égard de l'une d'elles, qu'il subsiste à l'égard des autres? Sur ce point déjà les opinions sont partagées (cf. Sal., *Déc.*, p. 395). Et il en sera de même pour les actes unilatéraux adressés à plusieurs. Pour ceux qui ne s'adressent à personne, à supposer que l'annulation ne doive pas en être faite devant une autorité judiciaire, on a proposé encore de ne donner effet à l'annulation que par rapport à celui à qui elle eût été adressée, sauf à annuler l'acte pour le tout par application de l'article 139. Ce serait le cas de la promesse de récompense, lorsqu'il y a plusieurs ayants droit et que l'un d'eux seulement eût reçu l'annulation, et de même pour le testament instituant plusieurs légataires, lorsqu'il échappe à l'application de l'article 2081. Mais tous ces points restent soumis à controverse.

Art. 144. § I. Il va de soi, en matière d'annulabilité, que celui à qui appartient le droit d'annuler l'acte a le droit également de renoncer à cette faculté d'annulation; c'est ce que l'on appelle à proprement parler la «confirmation», acte purement unilatéral et qui n'a plus rien de contractuel, comme ce que l'on qualifie encore improprement parfois du nom de «confirmation», en matière de nullité (art. 141). Il eût semblé toutefois que, cette confirmation étant l'un des éléments du droit d'option accordé à celui qui a la faculté d'annuler l'acte, et qui peut alors ou déclarer l'annulation ou y renoncer, son choix, lorsqu'il s'exerce dans ce dernier sens, aurait dû se réaliser par une déclaration ayant les mêmes caractères que la déclaration d'annulation, donc adressée aux mêmes personnes, celles qui sont, d'après l'article 143, les destinataires

l'acte juridique annulable a été confirmé par l'ayant droit a l'annulation.

La confirmation n'exige pas la forme qui aurait pu être établie pour l'acte juridique.

TITRE TROISIÈME.

DU CONTRAT.

Art. 145. Celui qui propose à un autre de conclure un contrat est lié à l'offre, à moins qu'il ait exclu ce lien obligatoire.

---

légaux de la déclaration. Tel n'est pas le système de l'article 144, qui se contente d'une déclaration ne s'adressant à personne, donc non seulement d'une manifestation de volonté unilatérale et tacite, mais d'une manifestation ne s'adressant directement à personne, pourvu toutefois qu'elle implique volonté de déclarer la renonciation de l'intéressé au droit qu'il avait d'annuler l'acte; à ce point de vue, il y aurait bien encore, non pas une simple manifestation de volonté, mais une véritable déclaration de volonté, si ce n'est qu'elle rentrerait au nombre des déclarations impersonnelles, et valables sans avoir besoin de s'adresser à personne.

§ II. La confirmation une fois acquise, l'acte est censé avoir toujours été valable, de telle sorte que la rétroactivité de la confirmation soit opposable à tous, même à l'égard des tiers. Le Code civil allemand ne contient à ce sujet aucune réserve analogue à celle de l'article 1338 C. civ. fr. Les tiers ne seront protégés que par l'application des dispositions qui, pour chaque acte d'aliénation en particulier, constituent une garantie au profit de la bonne foi.

Art. 145. § I. Le Code civil ne donne pas une définition du contrat : ce sont là des conceptions qu'il appartient à la doctrine de rechercher et de fixer. On a même écarté la disposition de l'article 77 P[1], d'après laquelle on exigeait, pour la formation du contrat, que les diverses parties se déclarent réciproquement leurs volontés concordantes, d'autant qu'il peut y avoir certaines hypothèses, celles des articles 151 et 152 par exemple, où l'une des volontés, tout au moins, se manifeste par une déclaration qui n'a pas besoin d'être adressée à l'autre. D'autre part, il n'est pas absolument forcé, pour qu'il y ait contrat, bien que ce soit le cas le plus fréquent, que l'une des

parties en prenne seule l'initiative, et qu'il y ait par suite une offre suivie d'acceptation. Il suffit de l'accord voulu et conscient de deux volontés unies de façon à n'en faire qu'une, laquelle devient la volonté contractuelle proprement dite; Hölder (p. 326) cite l'exemple de deux frères qui, après la mort de leur père, continuent à vivre dans la maison paternelle, de façon à constituer une communauté de biens : ils ont ainsi conclu une sorte de société tacite, sans qu'aucun en ait pris à proprement parler l'initiative vis-à-vis de l'autre, et sans qu'il y ait eu en réalité ni offre ni acceptation. L'expression *contrat*, dans la terminologie du Code civil, s'applique d'une façon générale à toutes les conventions ayant en vue la production d'un effet de droit, et non seulement à celles qui seraient génératrices d'obligations. Il faut remarquer toutefois que l'on a réservé le mot d'«accord des parties» pour les contrats réels d'aliénation (cf. art. 873, 880, 925, 929, etc.), sans que l'on doive y voir la moindre distinction spécifique, si ce n'est peut-être la préoccupation de soustraire ces conventions spéciales à quelques-unes des règles de droit commun des contrats, et peut-être même à celle de l'article 145.

§ II. Et cependant, en dépit de ce principe de neutralité législative en ce qui touche la construction juridique et doctrinale du contrat, le seul fait de l'extension de la forme contractuelle à certains actes de disposition, comme c'est le cas en matière de contrat d'hérédité, ne manquera pas d'influer sur la notion théorique de l'idée de contrat. Il y a longtemps déjà que, pour mettre d'accord l'idée de disposition contractuelle et la notion de disposition à cause de mort, qui suppose forcément un acte de volonté unilatéral, on avait proposé de voir dans le contrat d'hérédité, et la théorie vient d'en être reprise par Hellwig (*Verträge auf Leistung an Dritte* § 77 et suiv.), un acte en partie double, l'un unilatéral, qui ne serait autre qu'un testament, et l'autre sous forme de contrat accessoire, qui serait la convention passée entre le disposant et l'autre contractant, par laquelle le disposant eût abandonné son droit de révocation. Mais ce système de dualité d'actes ne paraît pas devoir l'emporter (cf. Pl. V, p. 513–514, et Kipp sur Wind., III, p. 316 et suiv.). Aussi en revient-on à l'idée d'un acte unique, le contrat, couvrant des dispositions de caractère unilatéral, prises non pas seulement sous la forme contractuelle, mais avec le caractère d'engagement contractuel; n'est-ce pas une transposition de la notion de contrat? Pas plus, après tout, avait déjà répondu Windscheid, qu'en matière de contrats réels d'aliénation, dans lesquels le disposant est seul à disposer, puisque l'autre partie ne peut diriger sa volonté vers un effet de droit qui ne dépend pas d'elle.

Tout acte de disposition n'est jamais qu'un acte unilatéral, mais conditionné par l'adhésion d'une volonté concordante. Or ne peut-on pas dire qu'il en est ainsi de tout autre contrat, même constitutif d'une simple promesse? Promettre, c'est encore disposer de soi-même; et le promettant seul dispose de lui-même : acte de disposition unilatéral, conditionné par l'adhésion d'une volonté réciproque. Il n'y a donc au fond que des engagements unilatéraux, mais les uns valant par eux-mêmes et les autres conditionnés par l'adhésion d'une autre volonté. Il est bien certain que le Code civil n'a entendu prendre parti législativement sur aucun de ces points de doctrine. Mais il n'est pas impossible que les solutions qu'il adopte n'engagent insensiblement la doctrine à modifier du tout au tout, dans le sens des indications qui viennent d'être exposées, la notion traditionnelle que l'on s'est faite du contrat.

§ III. L'offre en matière de contrats est obligatoire par elle-même : c'est là une conception universellement acceptée par la pratique moderne. Mais, avant de parler du caractère obligatoire de l'offre, il faut indiquer à quelles conditions il y a véritablement une offre de contrat; et ce sont deux choses que, même devant la seconde Commission, certains amendements avaient paru confondre (*Pr.*, 76). Il n'y a d'offre proprement dite que là où il suffit de l'acceptation pour que le contrat soit formé : ce qui implique deux conditions; la première est que l'offre porte sur tous les points essentiels du contrat, sans autre réserve par rapport à l'un d'entre eux (art. 154); et la seconde, que l'auteur de l'offre ne se réserve pas le droit de révocation au reçu de l'acceptation. Dans ce dernier cas, il y a plutôt une invitation à l'autre partie à faire elle-même l'offre de contrat; on en verra un exemple dans l'article 337 A. C. C^es^, aujourd'hui supprimé comme inutile. Et ce sont, en effet, ces invitations à faire une offre que l'on présume volontiers, dans les usages du commerce, lorsqu'il s'agit de prospectus ou d'offres de souscriptions envoyées à personnes indéterminées. Mais ce n'est qu'une présomption; et il pourrait très bien y avoir une offre véritable, sans autre réserve relative au droit de rejeter l'acceptation, même lorsque l'offre est faite à personne indéterminée (Pl., § 145). Ce serait le cas, par exemple, de l'offre faite par voie de distributeur automatique, laquelle est constituée par le fait non pas seulement de dresser le mécanisme, mais de le mettre en mesure de fonctionner, grâce aux objets dont on le fournit et qu'il doive servir à distribuer. Elle dure tant que le distributeur est fourni en objets de ce genre; de telle sorte que celui qui, en introduisant la pièce de monnaie, accepte l'offre a droit à l'objet promis, même si par un défaut du mécanisme il ne lui est pas livré. (Cf. Neumond,

Der Automat dans *Arc. civ. Pra.*, t. 89, 191, et surtout A. Scialoja. *L'offerta a persona indeterminata*, 1902, p. 143 suiv.; cf. au lexique la note au mot *Antrag*.)

§ IV. Lorsqu'il y a offre proprement dite, l'article 145, suivant en cela une pratique à peu près générale, présume que l'offre est irrévocable, au moins pendant un certain délai (art. 147 à 149); c'est que, d'après les usages de la vie, on doit présumer la permanence de la volonté juridiquement déclarée, lorsque la déclaration en a été adressée à un tiers personnellement. Ce qui veut dire que, même parvenue avant l'émission de l'acceptation, la révocation serait non avenue. Pour qu'elle pût supprimer l'offre, il faudrait qu'elle fût reçue avant ou en même temps que cette dernière, et l'on sait que la réception peut être acquise sans qu'il soit nécessaire que le destinataire en ait eu connaissance (art. 130). Si donc, comme le suppose Hölder (p. 323), l'offre est adressée par lettre et la révocation par télégramme, et que la lettre arrive la première, mais que le télégramme, parvenant immédiatement après, on en prenne connaissance avant la lettre, la révocation reste tardive; et de même, si le messager porteur de l'offre dépose le message chez le destinataire en son absence, et que l'auteur de l'offre l'envoie retirer la lettre avant qu'elle ait été ouverte : il y avait eu réception de l'offre.

§ V. Cette irrévocabilité n'est pas un caractère essentiel et forcé de toute offre contractuelle. Elle peut avoir été exclue par l'auteur de l'offre; et cette exclusion peut fort bien résulter d'une manifestation purement tacite de volonté. On peut même se demander si elle ne serait pas écartée par la loi elle-même pour toute une catégorie de contrats, les contrats réels d'aliénation. Zitelmann (*All. T.*, p. 115) admet cette dernière solution d'une façon générale, sur le fondement de l'article 956, qui, pour un contrat de ce genre, accepte une irrévocabilité présentée comme tout à fait exceptionnelle. Peut-être pourrait-on distinguer à ce point de vue entre les contrats d'aliénation qui réalisent le transfert par le seul effet du consentement, comme au cas de cession de créance par exemple, et ceux qui exigent en outre une remise de possession ou une immatriculation (Leonh., p. 289, note 1). Mais il faudrait bien se garder de confondre cette question avec celle de savoir, à supposer l'irrévocabilité de l'offre admise en matière de contrats réels, ou pour tel ou tel contrat réel, si ce caractère obligatoire n'affecte que les rapports personnels qui s'y réfèrent, ou s'il porte également sur les effets réels que l'acte doit produire. Cosack (I, 168) accepte cette dernière solution; supposant qu'un propriétaire propose à plusieurs personnes successivement l'aliénation d'un même objet, il donne la préférence, non pas à celle qui la première en eût pris pos-

session, mais à qui celle-ci en eût été offerte en premier lieu. A quoi Zitelmann (*All. T.*, 125) avait répondu par avance que, si l'offre est irrévocable, encore faut-il, pour que le contrat se forme au moment où intervient l'acceptation, que les conditions essentielles à la réalisation d'un contrat réel existent encore à ce moment même, et, parmi elles, le droit de disposer de la chose à titre de propriétaire; or ce droit de disposition n'est pas affecté par une offre antérieure, même irrévocable. S'il en était autrement, ce serait supprimer la distinction établie entre les actes générateurs d'obligations et les contrats réels consistant dans un acte matériel indépendant de sa cause, telle que la tradition ou tout autre fait de ce genre. Indépendamment de tout contrat réel antérieur n'existant encore qu'à l'état d'offre, on peut, par une tradition effectuée au profit d'une autre personne, disposer valablement de la même chose. Mais en serait-il encore de même s'il s'agissait d'une cession susceptible de se réaliser par simple consentement, telle que la cession de créance? Zitelmann le croit, puisque c'est même l'exemple qu'il cite. Mais ne pourrait-on pas dire, puisque la convention suffit à disposer du droit, que la disposition en est déjà faite, pour ce qui est de celui de la part de qui elle intervient, par cela seul qu'il ne dépend plus de lui de revenir sur l'offre dont il est dessaisi. Tous ces points restent donc soumis à controverse.

§ VI. Si ce caractère obligatoire de l'offre a été supprimé, celle-ci devient révocable sous les conditions du droit commun. Elle peut donc être révoquée de telle façon que la révocation parvienne avant que l'acceptation soit émise; ce point n'est pas douteux. Mais en serait-il encore de même si elle parvenait au destinataire après qu'il a donné son acceptation, mais avant que cette dernière ait été reçue par celui qui avait fait l'offre? Planck (§ 145) croit encore la révocation possible et efficace; et il s'appuie sans doute sur ce que, de droit commun et sauf le cas prévu par l'article 151, le contrat n'est définitivement formé que par la réception de l'acceptation. Mais Hölder (p. 322) soutient au contraire qu'il y aurait révocation tardive, parce que, par le seul fait de son émission, l'acceptation a déjà une existence juridique, laquelle est indépendante de la survenance de conditions qui se fussent opposées à sa validité, si elles se fussent réalisées antérieurement à l'émission (art. 130). Sur ce point encore, la controverse reste possible. Toutefois Planck est le premier à reconnaître que, tout en se réservant le droit de révocation, l'auteur de l'offre pourrait y apporter cette restriction que, pour être efficace, la révocation devrait parvenir au destinataire avant qu'il eût envoyé son acceptation; et bien entendu cette restriction pourrait être tacite.

Art. 146. L'offre s'éteint lorsqu'elle est rejetée envers l'auteur de l'offre ou qu'elle n'est pas acceptée envers lui en temps utile, conformément aux articles 147 à 149.

Art. 147. L'offre faite à une personne présente ne peut être

Art. 146. On a voulu exprimer, sous les termes intentionnellement employés au texte, l'idée que le refus, ou plutôt le rejet, en matière d'offre, devait toujours se manifester sous forme de déclaration adressée à l'intéressé, et ici l'intéressé sera l'auteur de l'offre; et que, pour ce qui est de l'acceptation, il devrait en être de même, en principe, sauf les exceptions des articles 151 et 152. Si donc l'acceptation est donnée entre absents, et qu'elle soit émise avant l'expiration des délais des articles 147 à 149, mais qu'elle ne parvienne qu'après ceux-ci expirés, l'acceptation reste tardive (art. 130) et l'offre a cessé d'exister. Ce n'est pas seulement l'irrévocabilité de l'article 145 qui se trouve lui être enlevée; c'est l'offre elle-même qui disparaît. De telle sorte que, si l'auteur de l'offre concluait encore le contrat sur l'acceptation, même tardive, qu'il en reçoit, ce serait lui qui jouerait le rôle d'acceptant; et l'acceptation qu'il en a reçue se trouverait valoir comme offre nouvelle à lui faite.

Art. 147. Il allait de soi que l'irrévocabilité de l'article 145 ne pouvait pas persister indéfiniment au gré de celui à qui l'offre était faite. Il fallait donc fixer un délai de droit commun pour son acceptation. On aurait pu, il est vrai, une fois le délai passé, faire cesser l'irrévocabilité et continuer à maintenir l'offre. Cette solution eût mis l'auteur de l'offre en mauvaise situation, puisqu'il eût été encore obligé de prendre l'initiative d'une révocation pour échapper aux risques d'une acceptation lui parvenant avant toute révocation de sa part. Aussi les usages du commerce étaient-ils contraires à ce moyen terme : la disparition de l'offre s'imposait dès l'expiration du délai. C'est la solution de principe consacrée par l'article 146. Restait à fixer les délais de droit commun. L'article 147 distingue suivant que l'offre est adressée à personne présente ou à personne absente. Dans le premier cas, on peut dire qu'il n'y a pas de délai à proprement parler. L'acceptation ne peut être qu'immédiate. On ne dit même pas qu'elle doit avoir lieu sans retard, ce qui, dans la terminologie du Code civil, voudrait dire sans retard imputable à faute. Elle doit être donnée sur-le-champ (Pl., § 147); sauf toutefois le cas où celui qui fait l'offre, même entre présents, eût accordé à l'autre partie un certain délai pour sa réponse. Tout dépend en effet de sa volonté; et, dans ce cas, l'acceptation est encore donnée

acceptée qu'immédiatement. Il en est de même d'une offre faite de personne à personne au moyen du téléphone.

L'offre faite à une personne absente ne peut être acceptée que jusqu'au moment où l'auteur de l'offre avait, dans les conditions ordinaires, à attendre l'arrivée de la réponse.

---

entre présents, si celui de qui elle est attendue est resté en la présence de l'autre partie; ou bien elle sera donnée entre absents, si l'auteur de l'offre l'a chargé de lui envoyer sa réponse, auquel cas on appliquerait la règle qui va suivre pour les contrats entre absents (cf. Hölder, p. 324). Toutefois on a cru nécessaire de s'expliquer expressément au sujet des communications téléphoniques, lesquelles, au moins lorsqu'il s'agit d'une offre proprement dite, sont considérées comme ayant lieu entre personnes présentes. Mais, lorsque l'offre s'adressait à un absent, que l'acceptation ait lieu par déclaration à personne présente, comme par exemple si celui qui la donne vient la communiquer lui-même, ou qu'elle soit adressée par déclaration entre absents, ce qui n'a d'influence que sur le moment où l'acceptation est définitivement acquise (art. 130), le délai est le même : il est fixé par les usages de la vie. C'est celui auquel l'auteur de l'offre devait s'attendre, d'après les circonstances ordinaires et normales; pour juger de ce que le délai doit être, il faut donc en quelque sorte se mettre à la place de celui qui a fait l'offre, voir ce qu'il connaissait des habitudes de son correspondant, tenir compte de la nature de l'offre et des usages du commerce par rapport au contrat proposé, et déterminer, d'après ces circonstances, le temps normal auquel la réponse aurait dû parvenir : c'est un système emprunté à l'article 319 A. C. C^m^. Il ne faut donc tenir compte, ni d'une absence du correspondant, ignorée de l'autre partie, ni des lenteurs ou irrégularités de la poste ou de l'administration chargée de la communication. De même, pour ce qui est du mode de procédé à employer pour la réponse, c'est d'après les usages qu'il faudra le déterminer : en général, par exemple, une offre faite par télégramme implique une réponse envoyée par le même procédé, quoiqu'on puisse admettre encore, suivant l'objet du contrat, qu'une offre même par lettre devrait exiger, d'après les usages du commerce, une réponse télégraphique, alors même que l'auteur de la lettre ne l'eût pas dit expressément; et d'ailleurs l'appréciation peut varier suivant que les négociations avaient lieu entre commerçants ou entre personnes qui n'aient pas cette qualité.

Art 148. Si l'auteur de l'offre a fixé un délai pour l'acceptation de l'offre, l'acceptation ne peut avoir lieu que dans ce délai.

Art. 148. Après avoir parlé de l'hypothèse où l'auteur de l'offre n'eût fixé aucun délai, et où, par conséquent, la loi devait fixer un délai légal, il y avait lieu d'en venir à l'hypothèse où il y eût un délai qu'il serait un peu inexact d'appeler «conventionnel», puisqu'il vient d'une déclaration unilatérale de volonté, mais que l'on peut désigner comme fixé par l'offre elle-même. Il peut en être ainsi, on l'a déjà vu (note sur art. 147), que l'offre ait lieu entre présents ou entre absents. La règle dans ce cas, et dans les deux hypothèses, est que l'acceptation ne peut avoir lieu que pendant le délai ainsi fixé, ce qui veut dire qu'elle doit être définitivement acquise avant l'expiration du délai. Et pour savoir si elle est parfaite et définitive avant le délai, il faut distinguer suivant qu'elle-même est faite oralement ou encore donnée par téléphone, et le cas où elle est adressée par voie de communication épistolaire, ou télégraphique ou même par messager, afin d'appliquer, suivant les cas, les solutions de l'article 130. Cette disposition paraît faire double emploi avec celle de l'article 146; on aurait pu concevoir cependant, bien que l'acceptation ne pût être donnée efficacement après le délai, que l'offre subsistât, en ce sens qu'il eût dépendu de l'auteur de l'offre de valider ou non l'acceptation. Ce n'est pas cette conception qu'accepte le Code civil allemand: l'offre tombe avec le défaut d'acceptation à l'expiration du délai; et, si l'auteur de l'offre accepte encore de valider l'acceptation, c'est une volonté nouvelle qu'il émet, sous forme d'acceptation d'une offre de contrat. Les rôles se trouvent renversés. Et cette conception, très différente de la première, peut avoir certains intérêts pratiques, pour le cas par exemple où l'auteur de l'offre fût décédé au moment de l'acceptation et où, par conséquent, le contrat se forme avec son héritier. Ce n'est pas la volonté du défunt, juridiquement subsistante, comme s'il s'agissait d'une offre maintenue après décès, qui forme le contrat : c'est l'héritier lui-même qui accepte une proposition nouvelle et distincte. Il ne faut pas davantage confondre le cas d'une offre obligatoire pendant un certain délai fixé par l'offre elle-même avec l'hypothèse de ce que l'on appelle quelquefois un avant-contrat, dans le sens d'un engagement contractuel de conclure un contrat lorsqu'il plairait à l'autre partie de passer le contrat, une promesse de prêt par exemple; la différence consiste en ce que, si l'une des parties est encore seule tenue, sous forme unilatérale, au contrat à intervenir, cet engagement provient d'un véritable contrat passé

Art. 149. Lorsqu'une déclaration d'acceptation parvenue tardivement à l'auteur de l'offre avait été envoyée dans des conditions

---

avec l'autre partie, et non d'une offre qui n'émanerait que de la partie liée par sa promesse (voir cependant Schlossmann, *Ueber den Vorvertrag* dans *Iher. Iahr.*, xlv, 8 et suiv.).

Art. 149. Il fallait prévoir l'hypothèse où l'arrivée tardive de l'acceptation ne pouvait pas être soupçonnée de l'acceptant, et cela parce qu'il avait envoyé à temps sa réponse et que, le retard ne venant pas de lui, il ne pouvait en avoir l'intuition. Il n'était pas question, en pareil cas, de faire échec à la règle de l'article 146 sur l'extinction de l'offre. Mais était-il équitable que cet effet de déchéance se produisît encore à l'insu de l'acceptant et alors qu'il n'avait pu le prévoir? C'est pour empêcher ce résultat que l'on exige, pour que les règles des articles 146 à 148 s'appliquent encore, car il faut bien remarquer que l'on vise aussi bien l'hypothèse du délai légal de l'article 147 que celle du délai fixé par offre de l'article 148, que l'auteur de l'offre, en recevant ainsi l'acceptation après expiration des délais, s'empresse de dénoncer le retard à l'autre partie. Le texte dit qu'il doit faire cette dénonciation sans retard après réception de l'acceptation, et l'on sait que l'expression *sans retard* ne veut pas dire forcément *immédiatement*, comme dans l'article 147, mais qu'elle signifie *sans retard imputable à faute* (cf. art. 121). Et d'ailleurs le texte s'applique de quelque façon que l'acceptant s'y soit pris pour que son acceptation arrive à temps, à supposer que la transmission en eût été faite comme elle aurait dû se faire; ce qui comprend non seulement l'hypothèse où il emploie le procédé de transmission sur lequel pouvait compter l'auteur de l'offre, — par exemple au cas de réponse attendue par lettre, lorsque la lettre a été expédiée à temps, mais retardée par la faute de l'administration, — mais celle également où il se sert de tout autre mode de transmission, pourvu qu'il ait pu compter sur une arrivée survenue dans les délais, par exemple lorsque, dans l'exemple qui vient d'être cité, au lieu de répondre par lettre le jour où sa lettre aurait dû être expédiée pour arriver à temps, il attend le lendemain pour répondre par dépêche, alors que celle-ci aurait dû parvenir avant l'expiration du délai, et que c'est un retard de l'administration qui ne l'ait fait arriver qu'après. D'après le premier Projet (art. 85 P[1]), on s'en tenait à cette condition purement objective pour imposer la dénonciation à l'auteur de l'offre. Devant la seconde Commission (*Pr.*, 81), on a fait observer que,

telles que, si la transmission en eût été faite régulièrement, elle serait parvenue en temps utile, et à supposer que l'auteur de l'offre ait dû nécessairement s'en apercevoir, celui-ci doit, sans retard après réception de la déclaration, donner avis à l'acceptant du fait qu'elle n'est pas parvenue à temps, en tant du moins que cet avis n'avait pas déjà été donné antérieurement. S'il tarde à envoyer cet avis, l'acceptation vaut comme n'étant pas tardive.

Art. 150. L'acceptation tardive d'une offre vaut comme offre nouvelle.

---

pour venir en aide à l'acceptant, on allait nuire à l'autre partie, lorsque cette dernière, en recevant l'acceptation tardive, ne pouvait se douter qu'elle eût été expédiée à temps et que, par suite, l'acceptant se trouvait avoir droit à dénonciation pour que son acceptation fût non avenue. Aussi a-t-on ajouté à la condition objective du premier Projet une condition subjective consistant en ce que, pour être obligé à dénonciation, il fallait que l'auteur de l'offre ait pu reconnaître que l'expédition avait été régulière et faite à temps, ce qu'il verra, par exemple, par le timbre de la poste ou l'indication de la date d'expédition de la dépêche. S'il ne s'en est pas aperçu, ce sera sa faute, et l'article 149 s'appliquera encore. Mais, s'il ne pouvait pas s'en apercevoir, l'article 149 ne s'appliquera plus; son offre se trouve non avenue; et l'acceptation tardive reste tardive, sans qu'il soit besoin pour cela de dénonciation à l'égard de l'acceptant. Toute cette théorie subjective est impliquée dans l'expression «devoir nécessairement» du texte (cf. art. 122).

Art. 150. La disposition de l'article 150 signifie, comme on l'a déjà vu (sur art. 148), non seulement que celui à qui l'acceptation parvient tardivement peut toujours la repousser, mais que, s'il l'accepte à son tour, le contrat se forme en vertu d'un nouvel acte de volonté, et non en vertu de la déclaration de volonté qu'il avait émise lors de l'offre qu'il avait faite; ce qui peut conduire à certains intérêts pratiques, en vertu de l'article 130, puisque toutes les conditions nécessaires à la validité d'une déclaration de volonté doivent se trouver exister à ce moment même, encore qu'il s'agirait de conditions dont la permanence aurait pu n'être pas indispensable pour le maintien d'une déclaration antérieurement émise. Hölder fait remarquer d'ailleurs (p. 328) qu'il ne peut y

Une acceptation accompagnée d'additions, de restrictions ou de modifications quelconques vaut comme un rejet renfermant une offre nouvelle.

Art. 151. Le contrat est formé par l'acceptation de l'offre, sans

---

avoir là qu'une présomption de volonté, relativement aux intentions de l'acceptant. Car ce n'est pas du tout la même chose, d'accepter une offre, c'est-à-dire de consentir à ce qu'un autre a voulu, et de prendre l'initiative d'une volonté propre qui dicte les conditions du contrat; d'autant qu'il est possible qu'on accepte parce qu'on croit faire plaisir à celui qui a fait une proposition de contrat, alors que, si on savait cette proposition retirée, on n'aurait aucun désir de conclure l'acte ; une acceptation, donnée comme acceptation, se présente donc souvent comme une conclusion conditionnelle du contrat, subordonnée à la condition qu'il y ait une offre. Aussi faudrait-il considérer l'acceptation non plus comme se transformant en offre nouvelle, mais comme non avenue, si ce caractère conditionnel en était établi. En tout cas, il est certain que la présomption légale d'offre nouvelle n'est pas douteuse, lorsque l'acceptant a dû savoir que sa réponse serait tardive, ou lorsqu'il l'accompagne de modifications qui en font une proposition nouvelle. Mais il pourrait en être tout autrement dans les hypothèses prévues par l'article 149. Enfin, lorsqu'il y a des rectifications proposées, l'offre nouvelle portant sur ces rectifications ne se distingue pas du refus qu'elle implique relativement à l'offre antérieure; et par conséquent elle existe et elle vaut dans la mesure où ce refus se trouve valoir lui-même. Et, dans toutes ces hypothèses, on appliquerait à cette offre nouvelle toutes les règles des dispositions qui précèdent (art. 145 à 149).

Art. 151. § I. La disposition de l'article 151 a été inspirée par la nécessité de faire droit aux usages de la pratique, dans la mesure où ils exigent qu'il puisse y avoir acceptation tacite. Le premier Projet partait de cette idée que l'acceptation, par cela seul que, de droit commun, elle devrait être déclarée et adressée à l'auteur de l'offre, ne pouvait être tacite. L'article 86 P[1], par une sorte de dérogation à ce principe, admettait l'acceptation tacite, lorsqu'elle rentrait, soit dans les usages, soit dans les prévisions de l'auteur de l'offre. Seulement, dans le système de l'article 86 P[1], cette acceptation tacite restait encore une déclaration s'adressant à l'auteur de l'offre, ce qui était en contradiction avec les prémisses du système, de sorte que, d'après la règle qu'ad-

que cette acceptation ait besoin d'être déclarée envers l'auteur de l'offre, toutes les fois que, d'après les usages admis en affaires, il

---

mettait sous ce rapport l'article 74 P[1], elle aurait dû, pour être définitive, parvenir à la connaissance du pollicitant; aussi l'article 86 P[1] faisait également exception à ce dernier principe, en déclarant que l'existence de l'acceptation serait définitivement acquise par cela seul que serait réalisé le fait d'où pût s'induire cette volonté tacite, sans qu'il fût nécessaire que l'autre partie en eût pris connaissance. C'était présumer que, toutes les fois qu'il dût y avoir acceptation tacite, elle n'aurait pas besoin d'être connue de l'auteur de l'offre; alors que tout ce qu'exigeaient les nécessités de la pratique, c'est que, dans les cas visés par l'article 86 P[1], celui qui a fait l'offre n'eût pas de réponse à attendre et que, par suite, il ne fût pas nécessaire de lui adresser l'acceptation. Mais pourquoi ne pas admettre qu'en dehors de ces cas visés par l'article 86 P[1] il puisse y avoir encore acceptation tacite, et même acceptation tacite s'adressant à l'auteur de l'offre? Et, si on l'admet, devait-on, pour ces hypothèses ne rentrant plus dans celles de l'article 86 P[1], présumer que l'acceptation existerait par le seul fait de son émission, avant toute réception, ou encore toute perception, de la part de son destinataire? Pour éviter toutes ces confusions, il fallait donc, en vue des hypothèses pratiques visées par l'article 86 P[1], ne plus parler d'acceptation tacite et ne pas rattacher à ce fait d'une manifestation tacite de volonté la seule solution exigée par la pratique, mais se contenter, pour les cas que l'on avait ainsi en vue, de dispenser l'acceptant de la nécessité d'une réponse directe adressée à l'auteur de l'offre, puisque, de droit commun (art. 146), il aurait dû en être ainsi. C'est ce que fit la seconde Commission.

§ II. D'après le système qui a prévalu, l'acceptation, dans les hypothèses prévues par le texte, n'est plus une déclaration s'adressant à partie; c'est encore, sans doute, une déclaration de volonté, mais une déclaration ne s'adressant à personne, conformément à la distinction fondamentale du Code civil (cf. art. 116 et art. 130). Elle pourrait donc encore être expresse, comme ce serait le cas, par exemple, si elle était faite à un tiers et non plus à l'auteur de l'offre; et, à l'inverse, il ne faut pas dire que toute acceptation tacite rentre au nombre des déclarations ne s'adressant à personne. Il pourrait y avoir acceptation tacite en dehors des cas visés par l'article 151; et dans ce cas l'acceptation s'adresserait encore à l'auteur de l'offre, dans la mesure où une déclaration tacite peut s'adresser au tiers qu'elle concerne, de

n'y a pas à attendre une déclaration de cette nature ou que l'auteur de l'offre y a renoncé. Le moment où l'offre se sera éteinte se

---

sorte qu'il y aurait lieu de lui appliquer, en ce qui touche sa perfection et son irrévocabilité, les principes posés sur l'article 130. Acceptation tacite et acceptation dispensée de s'adresser à l'intéressé, ce sont désormais deux choses qui ne se confondent plus. Seulement, la conséquence de ce système sera précisément que l'acceptation sera irrévocable dès qu'elle sera émise, sauf à discuter et à voir, pour chaque espèce, si le fait qui la réalise est suffisant à manifester une volonté définitive et surtout une volonté juridique, puisqu'il s'agit toujours d'une déclaration de volonté (cf. note sur art. 116). Dans les hypothèses pratiquès visées par l'article 151, le moment de l'irrévocabilité, en ce qui touche l'acceptant, va donc se trouver avancé. Aussi, devant la seconde Commission, avait-on protesté contre ce résultat, comme l'avait fait déjà Zitelmann par rapport au premier Projet (Zit., *R. G.*, p. 132 et suiv. et p. 137). On avait, pour faire droit à ces objections, proposé, par voie d'amendement, tout un autre système et toute une autre construction juridique (*Pr.*, p. 82-84).

§ III. Cette construction nouvelle prenait pour point de départ un exemple mis en avant par Zitelmann (*loc. cit.*, p. 137), celui du voyageur qui retient une chambre et qui ne se présente pas. L'hôtelier, par le seul fait qu'il ne l'a pas donnée à une autre personne, peut-il être censé avoir accepté, de telle sorte qu'il serait déjà tenu irrévocablement et dans l'obligation de ne plus céder la chambre à un autre voyageur, et que surtout il puisse en demander le prix, sans avoir à faire la preuve d'aucun autre dommage? Il ne pourrait en être ainsi, disait-on, que s'il avait expressément refusé de la donner; sinon il est impossible, en fait et en droit, de voir une acceptation tacite dans le fait que la chambre n'a pas été occupée. Et alors, s'il n'y a pas eu acceptation, l'hôtelier ne pourrait donc jamais se faire payer le prix? Il ne le pourrait qu'en se fondant sur le dommage éprouvé et, par suite, en prouvant qu'il a refusé d'autres voyageurs, auquel cas il y aurait eu acceptation tacite, et la question n'a plus d'intérêt. N'est-il pas plus exact de dire que, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir s'il a ou non accepté, il peut se prévaloir du contrat et en demander l'exécution? Cela revient à dire que, pour répondre au but pratique visé dans les hypothèses prévues par l'article 151, il faut, non seulement que l'acceptation n'ait pas à être adressée à l'autre partie, mais qu'elle n'ait pas à être déclarée; de telle sorte que le destinataire de l'offre n'ait pas, en principe,

détermine d'après la volonté de l'auteur de l'offre, telle qu'on doit l'induire de l'offre ou des circonstances.

à être lié par une prétendue déclaration d'acceptation qu'on eût à lui opposer, mais qu'il soit cependant toujours autorisé à se prévaloir du contrat, pourvu qu'il puisse faire remonter son acceptation à un moment où l'offre était censée subsister. Et l'on songeait principalement aux hypothèses dans lesquelles l'acceptation se déduit d'un commencement d'exécution; par exemple, s'il s'agit d'une commande d'ouvrage et que celui à qui elle s'adresse se mette à l'œuvre. Faut-il donc dire qu'il est déjà lié irrévocablement? Et n'y a-t-il pas lieu de restreindre cette irrévocabilité au cas où l'exécution, à supposer que l'on veuille tenir le contrat pour non conclu, causerait un dommage à celui qui a fait l'offre, ou constituerait un acte de disposition à son égard, comme par exemple si celui-ci eût envoyé des marchandises et qu'on en eût disposé? Sauf cette hypothèse et d'autres analogues, dans tous les cas où le contrat n'exige pas de réponse de l'acceptant, cela reviendrait à dire, non pas absolument qu'il n'exige pas d'acceptation, mais que celle-ci n'implique aucune déclaration, susceptible de lier celui qui l'eût faite, et que c'est à ce dernier, tant que l'offre subsiste, à en invoquer les effets à son gré, sans être tenu irrévocablement par aucun acte de sa part, qui ne fût pas une demande d'exécution ou un acte de disposition. Cette manière de voir fut repoussée par la seconde Commission; celle-ci considéra qu'il y aurait peut-être quelque chose d'excessif à permettre à celui qui a reçu l'offre de toujours se prévaloir du contrat, même lorsque en réalité il ne l'eût pas accepté, comme ce serait le cas de l'hôtelier se prévalant de la dépêche lui retenant une chambre alors même qu'il n'en eût pas tenu compte; et que, d'autre part, pour les hypothèses où il pût y avoir quelque inconvénient à déclarer l'acceptant lié définitivement par une acceptation, en quelque sorte purement unilatérale, non adressée à l'autre partie et que celle-ci ignorait, et alors que le fait d'où elle dût s'induire ne constituerait aucun acte de disposition à l'encontre de l'auteur de l'offre, il suffirait de se montrer très prudent et très strict pour déduire d'une simple manifestation tacite de volonté un caractère et une intention d'irrévocabilité. La Commission s'en tint, par suite, au système d'une acceptation, en quelque sorte *in rem*, n'ayant pas à être adressée à l'auteur de l'offre, et valant déjà par elle-même, par le seul fait que l'acte qui la révèle se trouve devenu irrévocable et susceptible de manifester une volonté irrévocable. Mais qui ne voit que, dans toutes ces hypothèses mixtes, la notion du

contrat se volatilise en quelque sorte de plus en plus, pour se rapprocher de l'idée d'un engagement unilatéral à la disposition de l'autre partie (cf. note sur art. 145 § II).

§ IV. Restait à déterminer dans quels cas il en serait ainsi et pour quelles hypothèses il serait fait exception à la règle que l'acceptation doit s'adresser à celui de qui l'offre émane. L'article 151 admet deux motifs d'exception, celui tiré des usages — et l'appréciation s'en déduira de la nature et de l'objet du contrat, — et celui tiré de l'intention même de l'auteur de l'offre, manifestée expressément ou tacitement par l'offre elle-même, de renoncer à attendre une réponse; et cela, bien entendu, alors même que cette renonciation ne devrait pas s'induire déjà de la nature du contrat et des usages qui s'y réfèrent. L'article 86 P[1], pour mieux montrer la signification des usages, avait cru devoir citer un exemple, comme serait le cas où le contrat eût exigé une exécution immédiate, et il en serait ainsi lorsqu'un client demande un envoi immédiat de marchandises, ou bien lorsqu'un marchand propose un achat de marchandises qu'il envoie en même temps que la lettre qui les annonce, et bien d'autres exemples analogues. Mais la seconde Commission a cru inutile de procéder par voie d'exemples, lesquels auraient cet inconvénient de laisser croire qu'ils devraient toujours, sans tenir compte de l'objet en cause ou des circonstances, dispenser de réponse, ce qui serait excessif. Quant à la renonciation au droit à une réponse, elle devra s'induire de l'offre et des circonstances particulières de l'offre, ou des habitudes personnelles entre les parties, en dehors des présomptions résultant des usages du commerce, puisque, si ces présomptions existaient, on rentrerait dans la première hypothèse; et tout le monde convient que cette renonciation pourrait être tacite; ce qui serait le cas si l'habitude établie entre les parties était, pour une offre de la nature de celle qui fût en cause, de dispenser de réponse.

§ V. Quant aux faits d'où pût s'induire l'acceptation, ils constituent, on l'a déjà vu, le point le plus délicat de la matière, car il importe d'écarter toute tendance et toute interprétation qui conduirait à considérer le destinataire de l'offre comme lié malgré lui. C'est ainsi que, s'il eût déclaré à un tiers sa volonté d'accepter, il faudrait considérer cette déclaration comme signifiant qu'il acceptera et non qu'il se lie déjà irrévocablement; mais il en serait autrement, comme le remarque Planck (§ 151-4), si, voulant se ménager une preuve de la formation du contrat, il donnait son acceptation devant notaire, ce qui constituerait une acceptation expresse, quoique non adressée à l'intéressé. Reste le cas d'exécution; il y aurait là sans doute une acceptation suffisante dans les hypothèses déjà prévues d'une commande de marchandises, s'il y a

envoi immédiat, ou d'un envoi de marchandises, si celui qui les reçoit en dispose. Mais on a déjà vu que le point délicat se référait aux faits émanant du destinataire de l'acceptation, d'où l'on pût induire l'intention d'accepter, alors que l'acceptant, s'il revenait sur son acceptation, ne causerait encore aucun dommage à l'auteur de l'offre, provenant tout au moins de son fait personnel. On l'a vu pour une commande d'ouvrage, dans l'exemple déjà cité plus haut. Il faudra donc, dans tous ces cas, puisque les conceptions de Zitelmann n'ont pas été admises, au moins expressément, exiger, pour en déduire l'acceptation, que l'irrévocabilité en soit évidente. De même en serait-il pour le cas de l'hôtelier, puisque, bien entendu, le fait de n'avoir pas cédé la chambre à d'autres serait insuffisant par lui-même, à moins que l'hôtelier ait eu à refuser des voyageurs, à constituer une acceptation tacite. Et d'ailleurs, pour ce qui est des faits constitutifs d'acceptation, il faudra s'en tenir aux usages, tout autant que pour la détermination du cas où l'acceptation n'eut pas à être donnée sous forme de réponse directe. Ce sera le cas toutes les fois que l'on voudrait induire l'acceptation du seul silence de celui qui a reçu l'offre, et en particulier lorsqu'il y a eu envoi de spécimens, livraisons de revues ou numéros de journaux, non renvoyés par celui qui les reçoit. C'est en pareil cas que la théorie de Zitelmann paraissait tout à fait justifiée. Avec le système de l'article 151, il faudra sans doute n'attacher l'irrévocabilité qu'à un fait positif formel de la part de celui à qui l'envoi, même réitéré, s'adressait, mais, ce fait établi, le destinataire se trouvera lié d'une façon ferme.

§ VI. Seulement il devenait évident que, là où l'acceptation n'a pas à se manifester par une réponse directe, les règles relatives au délai de permanence de l'offre ne pouvaient plus s'appliquer, puisqu'elles supposent toutes un délai, légal ou dérivant de l'offre, avant l'expiration duquel la réponse doive parvenir. Il faudra donc, ici encore, déduire la solution, soit des termes de l'offre, soit des usages; et tout d'abord il est possible que l'offre porte encore un délai, et il suffira alors que l'acceptation soit émise au cours du délai, sans exiger que l'auteur de l'offre l'ait connue avant que le délai soit échu. Et ce délai, à défaut d'indication expresse, pourra également se déduire des circonstances et des usages, comme au cas d'envoi ou de commande de marchandises, ce qui implique exécution immédiate et disparition de l'offre si cette exécution n'est pas acquise dans le délai normal admis par l'usage. A défaut de tout délai de ce genre, exprès ou coutumier, il faudrait donc admettre que l'offre subsiste tant qu'elle n'est pas refusée par un refus adressé à celui qui l'a faite : ce dernier aurait entendu se tenir à la disposition de l'autre partie. Mais comme il ne peut en être ainsi indéfiniment, il aurait toujours droit de

Art. 152. Si un contrat est constaté authentiquement sous forme judiciaire ou notariée, sans que les deux parties soient présentes au même moment, le contrat est formé lors de la constatation authentique de l'acceptation faite conformément à l'article 128, à moins qu'il n'en ait été établi autrement. Il y a lieu d'appliquer la règle de l'article 151 pr. 2.

---

fixer après coup un délai d'acceptation à son correspondant (Pl., § 151). On voit par là tout l'intérêt qu'il peut y avoir à ne plus confondre acceptation tacite avec acceptation dispensée de réponse; car si l'acceptation tacite avait lieu dans des cas où la dispense de réponse ne paraît pas s'imposer, d'après les règles posées par l'article 151, il faudrait s'en tenir, pour ce qui est du maintien de l'offre, aux délais des articles 146 et suivants, et exiger non seulement que l'acceptation fût donnée, mais qu'elle fut devenue définitive, conformément aux règles de l'article 130, avant l'expiration du délai. (Sur tous ces points de doctrine, cf. Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, et tout le mouvement si intéressant de la science italienne sur cette question de l'acceptation tacite. On en trouvera la bibliographie dans les études les plus récentes sur la matière : Vivante, *Trattato di diritto commerciale* (I, p. 50, 2e éd.); Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* dans *Foro italiano* (1900); Vighi, *Considerazioni sulla dichiarazione tacita di volontà;* Sraffa, *L'accettazione delle fatture e il silenzio* dans *Rivistà di Diritto commerciale* (1903, 27). (Cf. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, III, p. 58, et Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1056.)

Art. 152. La disposition de l'article 152 n'est qu'une application expressément faite par la loi des idées directrices établies par l'article 151. Lorsqu'un contrat doit être passé en justice ou par-devant notaire, que cette forme soit imposée par la loi ou par la convention des parties, il est à présumer, soit en vertu de la volonté sous-entendue des contractants, soit par application des usages, que l'auteur de l'offre se contente de la forme authentique donnée à l'acceptation, même en son absence, sans exiger qu'on la lui notifie. C'est le contraire de la disposition de l'article 932 du Code civil français, au moins en ce qui touche les donations. Il n'y avait donc pas de raison, si l'on s'en tient aux motifs pour lesquels on s'est contenté, en matière de contrats, de la solennité donnée aux deux déclarations de volonté prises isolément (art. 128 et

Art. 153. La formation du contrat n'est pas empêchée par ce fait que l'auteur de l'offre meurt ou devient incapable d'exercice des droits avant l'acceptation, à moins qu'il y ait lieu d'admettre une autre volonté de la part de l'auteur de l'offre.

Pr., V, 438–442), pour ne pas admettre que l'auteur de l'offre n'a pas à attendre communication de l'acte d'acceptation. Cette acceptation devient donc, comme au cas de l'article 151, une déclaration ne s'adressant pas à la personne intéressée.

Art. 153. La disposition de l'article 153 n'était pas absolument inutile, même en présence de la règle de l'article 130 al. 2. Car tout ce qui résulte de cette dernière, c'est que l'offre ne tombe pas forcément par le fait du décès ou de l'incapacité survenue de celui qui l'a faite, de telle sorte qu'elle doive garder encore sa force obligatoire. Mais cet effet qui ne se produit pas forcément, ne pourrait-il pas se réaliser par la volonté de celui-là même qui a fait l'offre, s'il a entendu qu'elle ne puisse plus être acceptée après son décès ou son incapacité survenue? Cela est d'évidence; il y avait donc une interprétation de volonté à établir, au moins sous forme de présomption. Et la loi admet que, à moins de preuve contraire, la présomption est en faveur du maintien de l'offre, en dépit de ces événements survenus, et en faveur par conséquent de la possibilité d'une acceptation ultérieure. Et, bien entendu, cette preuve d'intention contraire peut se tirer des circonstances et de la nature même du contrat, comme s'il se fût agi par exemple d'un fait d'une utilité purement personnelle à exécuter au profit de celui qui a fait l'offre. Il est vrai que l'article 89 P[1] établissait une présomption analogue pour le cas où ces mêmes événements se produiraient par rapport à celui qui a reçu l'offre et avant qu'il eût donné son acceptation. S'il l'avait déjà émise, ils auraient été sur elle sans aucune influence, toujours en vertu de l'article 130 al. 2. Mais si le destinataire de l'offre vient à décéder, ou qu'il devienne incapable, avant d'avoir donné son acceptation, la question qui se posait était de savoir si l'auteur de l'offre avait entendu que celle-ci pût s'adresser encore aux héritiers de celui à qui elle était faite, ou qu'elle dût encore s'adresser à lui, même devenu incapable. La seconde Commission jugea (*Pr.*, 86) qu'il n'y avait plus à émettre de présomption dans ce sens, dans aucun sens d'ailleurs, et que c'était aux intéressés à faire leur preuve, d'après les intentions présumées de celui qui a fait l'offre et d'après les circonstances.

Art. 154. Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement des deux parties, devaient être objet de convention, le contrat, dans le doute, n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit.

S'il a été convenu que le contrat projeté ferait l'objet d'une constatation authentique (1), le contrat, dans le doute, n'est pas conclu, tant que cette constatation authentique n'a pas eu lieu (2).

Art. 154. (1) Cette expression ne signifie pas forcément une constatation sous forme judiciaire ou notariée, elle comprend toute forme prescrite en vue de constater authentiquement l'acte (cf. note sur art. 128).

(2) § I. La disposition de l'article 154 part de cette idée que le contrat ne peut être définitivement conclu que lorsque le consentement a porté sur tous les points qui doivent faire partie du contenu du contrat; si donc les parties avaient stipulé les clauses principales et laissé les autres en suspens, il n'y aurait pas encore de convention obligatoire, même sur les points qui eussent fait l'objet d'un accord de volonté; même si toutes les clauses avaient été convenues séparément, rien ne serait encore définitif, tant qu'il n'y a pas eu consentement sur l'ensemble. Du moins est-ce la présomption admise par la loi (Hölder, p. 338). Soit en doctrine, soit en législation, on avait pu parfois proposer une solution un peu différente, d'après laquelle il suffirait, pour la conclusion du contrat, d'une stipulation portant sur les points principaux et essentiels, les parties étant censées, pour le reste, s'en être remises aux usages ou à la réglementation judiciaire (cf. *M.*, I, 162, et C. féd. obl., art. 2). L'article 154 présume au contraire que les parties ont entendu subordonner la formation définitive du contrat à l'acceptation de toutes les clauses dont elles faisaient une condition de leur consentement, c'est-à-dire de toutes celles constituant pour elles le contenu du contrat. Et le contenu du contrat, s'agissant de la question de savoir si toutes les clauses ont été acceptées de part et d'autre, ne comprend pas seulement les points que les deux parties avaient en vue; il s'agit de ce qui, pour chacune des deux parties et dans sa pensée, formait le contenu du contrat. Il faut donc se placer, à cet égard, au point de vue individuel de chacune d'elles; c'est que chacune n'a entendu consentir au

tout que si toutes les clauses visées par elle ont fait partie du contrat. Seulement ce contenu individuel du contrat ne peut ressortir que de la déclaration individuelle de chaque partie; il ne peut ni ne doit être cherché en dehors de la déclaration par laquelle chaque partie a donné son consentement, soit sous forme d'offre, soit sous forme d'acceptation; et aucune d'elles ne peut imposer à l'autre une interprétation cherchée en dehors de sa déclaration, non plus que, relativement à sa propre déclaration, elle ne saurait faire prévaloir une interprétation qui ne fût pas l'interprétation normale, conformément aux principes de l'article 133. Cette présomption de l'article 154 s'applique même si les conditions et clauses principales ont fait l'objet de pourparlers antérieurs, et même de conventions antérieures, rédigées par écrit. Tant que le consentement ne porte pas sur toutes les clauses destinées, dans l'esprit de chaque partie, et d'après sa propre déclaration, à faire partie du contrat, tout ce qui a pu être convenu et même rédigé antérieurement ne constitue encore qu'un projet de contrat. Mais, ce ne sont là que des présomptions qui pourraient céder devant la preuve d'une intention contraire, s'il était établi qu'en s'accordant sur les points principaux les parties ont déjà voulu conclure le contrat, sauf à rechercher si, pour les clauses laissées de côté, elles ont entendu s'en remettre à la réglementation légale lorsqu'il y en a une, ou, à son défaut, aux usages ou à l'appréciation du juge (cf. Wind., II, p. 254).

§ II. Dans le même ordre d'idées, l'article 154 présume également, lorsqu'il a été convenu qu'il serait passé acte authentique du contrat, — et, en général, il s'agira d'acte solennel, — que la passation de l'acte est la condition de formation du contrat. On aurait pu concevoir que cette convention relative à la forme n'eût pour objet que d'assurer une preuve au contrat, et que le contrat fût déjà formé par le fait de la convention antérieure par laquelle on en avait fixé les termes et par laquelle on avait imposé en outre la forme solennelle. Cette présomption n'a pas été admise; il en résulte, non seulement que le contrat n'existe pas, tant que la forme stipulée ne lui est pas donnée, mais que c'est au moment où l'acte est passé que se font les déclarations qui le concernent, ce qui peut présenter un intérêt sérieux au cas où la rédaction différerait des conventions orales acceptées entre les parties. S'il se fût agi d'un moyen de preuve, le contrat ne se fût pas trouvé entaché d'erreur, c'est l'acte destiné à lui servir de preuve qui en eût mal reproduit les termes, et il suffirait de faire cette preuve à l'encontre des termes de l'acte. Mais si le contrat se forme par la rédaction qui en est faite, il se trouve que ce sont les termes de la déclaration qui vont être en désaccord avec la volonté des parties, ou tout au moins de l'une d'elles : il y a erreur

Art. 155. Lorsque les parties, dans un contrat qu'elles considèrent comme conclu, en réalité ne sont pas tombées d'accord sur

---

dans l'expression de la volonté et annulabilité pour erreur (art. 119, cf. Wind., *loc. cit.*). Cette présomption de l'article 154 concorde avec la disposition de l'article 125, lequel suppose qu'il y avait eu convention préalable imposant passation d'un acte. Lorsqu'il s'agit de contrat, on aurait pu croire que cette convention préalable fût déjà un avant-contrat, obligeant à passer le contrat principal; ce n'est pas la présomption qui semble ressortir de l'article 154, lequel suppose, bien plutôt, que cette convention relative à la forme ne deviendra obligatoire que si les parties se décident à conclure le contrat. Cela veut dire que, si elles le concluent, elles ne pourront le faire valablement qu'en employant la forme convenue. Mais il pourrait se faire aussi que les parties eussent voulu conclure un avant-contrat, par lequel elles se fussent obligées à passer le contrat dans la forme stipulée : chacune d'elles aurait alors le droit d'exiger de l'autre qu'elle passât le contrat (cf. Wind., *loc. cit.*).

Art. 155. § I. L'article 155 vise une hypothèse qui, en principe, aurait dû rentrer dans les cas visés par l'article 154, celle où il y a eu malentendu entre les parties, donc désaccord et dissentiment, sur un point. Seulement, dans le cas de l'article 154, les parties savaient fort bien, ou étaient censées savoir, que toutes les clauses qu'elles avaient en vue n'avaient pas été stipulées; elles sont présumées n'avoir pas voulu conclure le contrat. Dans le cas de l'article 155, elles ont cru le contrat définitivement conclu : elles ont voulu le conclure. Il y a eu erreur, au moins chez l'une d'elles. Et ce désaccord, s'agissant d'un contrat qu'on avait cru et entendu conclure, peut provenir d'une double cause : ou bien de ce que l'une des parties n'est pas d'accord avec l'autre sur le sens de l'une des clauses du contrat, de telle sorte que sur ce point particulier il n'y a pas eu consentement, et que par suite le consentement, comme dans le cas de l'article 154, n'a pas porté sur tous les points du contrat, et il faudrait assimiler à cette hypothèse le cas où, le consentement s'étant réellement produit, l'une des déclarations de volonté se trouve nulle; ou bien de ce que l'un des points qui, dans l'esprit de l'une des parties, et d'après sa déclaration, devait rentrer dans le contenu du contrat se trouve avoir été laissé de côté par l'autre, en tant qu'il s'agit des points qui, pour ce qui est de cette dernière, ont fait l'objet de son consentement. Dans tous ces cas, il se trouve que sur un point destiné à faire l'objet d'un

un des points qui devaient être objet de convention, ce qui a été réellement convenu est valable, en tant qu'il y a lieu d'admettre

---

accord de volontés il y a eu désaccord ou défaut de consentement. Si donc il s'agit d'un point qui ne fût pas essentiel à l'existence du contrat, on pouvait se demander si le contrat resterait conclu tel quel, ou bien s'il serait nul conformément à l'article 154. Or, de ce que les parties ont voulu conclure le contrat, la loi en tire cette présomption, un peu différente de celle de l'article 154, que, pour établir l'inexistence du contrat, il faudrait établir que les parties ne l'auraient pas conclu si elles avaient dû laisser de côté le point sur lequel le désaccord a porté. Si donc cette preuve n'est pas faite, le contrat reste conclu, sauf à rechercher, d'après les intentions présumées, si les points contestés doivent être considérés comme ne devant pas faire partie du contrat, ou plutôt, ce qui sera le cas ordinaire, s'ils doivent être réglés d'après la loi, les usages, ou l'appréciation du juge.

§ II. Le dissentiment, tel qu'il est décrit dans l'article 155, apparaît donc comme une variété de l'erreur dans les contrats. Seulement il y a cette différence que l'erreur faisant apparaître ici le défaut de consentement, elle rend le contrat nul et non pas annulable, sans qu'il y ait lieu à l'application, au moins dans ses termes stricts, de l'article 122 sur les dommages-intérêts pour nullité de contrat. La rigueur de ces conséquences doit être atténuée pour les principes généraux d'interprétation en matière de déclaration, la preuve du dissentiment ne pouvant être cherchée en dehors des déclarations des parties et que par une interprétation normale de ces déclarations, qui la fasse apparaître comme étant hors de doute. S'il en est autrement, il n'y a plus place que pour la théorie de l'erreur. Car, à l'apparence, le contrat est conclu et le dissentiment ne peut provenir que de l'erreur personnelle de l'une des parties sur sa propre déclaration : cette dernière deviendrait donc attaquable en vertu de l'article 119; de sorte qu'il y aurait lieu à la théorie des articles 119 à 122. Ce serait le cas, par exemple, lorsque l'offre peut avoir, dans sa teneur objective, un double sens et que celui qui l'a faite, faute de s'en apercevoir, soit lui-même dans l'erreur à ce sujet, en ce qu'il ait accepté, des deux sens, celui qui ressort le moins directement des termes de sa déclaration, alors que c'est ce dernier, au contraire, qu'avait en vue l'acceptant lorsqu'il a donné sa réponse. Pour faire apparaître le dissentiment, il faut d'abord que l'auteur de l'offre attaque sa propre déclaration comme ne correspondant pas au contenu de sa volonté. Et il en serait de même, en

que le contrat, même à défaut de toute disposition prise sur le point dont il s'agit, n'en aurait pas moins été conclu.

Art. 156. Dans une vente aux enchères, le contrat n'est formé que par l'adjudication prononcée. Une enchère s'éteint dès qu'une surenchère est émise ou lorsque la vente aux enchères se clôt sans que l'adjudication ait été attribuée.

Art. 157. Les contrats doivent être interprétés comme l'exigent

---

renversant les rôles, si ce fût l'acceptant qui, en répondant qu'il accepte, ait admis un sens différent de celui qui était le plus évident, et qui était celui précisément qu'avait en vue l'auteur de la déclaration (cf. Kipp sur Wind., I, 341-342; cf. note sur art. 119).

Art. 156. L'article 156 a voulu trancher la controverse qui existait dans la doctrine sur la nature de la mise aux enchères. Les uns voulaient voir dans la mise à prix une offre faite à celui qui fournirait l'enchère la plus élevée, de sorte que chacune des enchères fût une acceptation conditionnelle du contrat, la condition étant qu'elle ne fût pas couverte par une surenchère. Mais les autres, et c'était l'opinion dominante, voyaient dans la mise à prix une invitation adressée au public d'avoir à faire des offres. C'est l'enchère qui est l'offre et l'adjudication constitue l'acceptation. Aussi est-ce cette seconde conception qu'accepte l'article 156, en décidant, en outre, que l'offre, telle qu'elle se trouve impliquée dans chaque enchère, tombe, en dehors des conditions générales de l'article 146, dès qu'elle est couverte, ou encore si la mise aux enchères se termine sans adjudication. Donc, même si la surenchère n'était pas acceptée, on ne pourrait pas revenir à l'enchère précédente pour s'en prévaloir et l'accepter : en tant qu'offre, elle n'existe plus. Aussi, en serait-il de même, à n'en pas douter, si la surenchère était elle-même nulle ou annulable, comme déclaration de volonté. Et cette conception de l'article 156 n'est pas seulement une règle d'interprétation de volonté, comme c'était le cas de l'article 90 P[1], c'est une règle dispositive de la loi.

Art. 157. § I. L'article 157 trace en matière de contrats une règle d'interprétation très distincte de celle établie par l'article 133 pour les déclarations unilatérales. Pour ces dernières il faut rechercher avant tout ce qu'a voulu l'auteur de la déclaration, tout en puisant ces éléments de recherche dans la

la loyauté et confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires.

---

déclaration elle-même. Pour les contrats, il semblerait, d'après l'article 157, que l'on dût rechercher, non plus ce qu'ont voulu les parties, mais ce qu'exige la bonne foi, donc un idéal purement objectif, que l'on pût, au besoin, substituer à la volonté des parties. Cette opposition et, par suite, cette objectivité absolue de l'interprétation contractuelle seraient cependant inexactes, ou tout au moins fort exagérées (cf. d'une part Stam., p. 36 et suiv., et d'autre part Höld., p. 341). La pensée exacte de la loi est révélée par les termes qu'elle a choisis; il ne s'agit pas absolument de bonne foi, ce qui pourrait être un principe d'idéal trop abstrait, ni de crédit, ce qui constituerait un criterium encore purement objectif, mais de loyauté et de confiance; et ce sont là, comme dit Hölder, les deux termes corrélatifs des deux rapports réciproques des parties. C'est parce que l'une a confiance en l'autre que celle-ci doit répondre avec loyauté à cette confiance, et par suite ne vouloir lui imposer que ce que cette dernière a dû croire que le contrat devait lui imposer. Et nous voyons ainsi qu'il est fait allusion par là à cette volonté commune, que l'on doit considérer comme la volonté contractuelle, très distincte de chacune des volontés individuelles des parties. De sorte que, bien loin de substituer un contrat idéal au contrat voulu par les parties, c'est encore cette volonté que le juge doit rechercher; mais au lieu des volontés individuelles, ce qu'il doit faire apparaître, c'est la volonté résultant de leur accord réciproque, celle que la bonne foi imposait comme devant être, dans l'état et les circonstances où elles ont été données et d'après leur teneur même, la résultante des déclarations des parties. Cela signifie qu'aucune des parties ne doit pouvoir tromper l'autre dans son attente légitime, telle qu'elle résultait des circonstances et de la teneur des déclarations constitutives du contrat, celles-ci complétées du reste par les exigences de la bonne foi et l'adaptation aux usages.

§ II. C'est par là qu'il est donné satisfaction au point de vue subjectif, lequel doit rester dominant dans toutes les questions d'interprétation. Mais, d'autre part, il faut bien reconnaître que l'article 157 vise un autre point de vue largement objectif, comme c'était le cas déjà du droit romain, lorsqu'il réglementait l'exécution des contrats qu'il appelait «de bonne foi», et comme c'est le cas du Code civil français dans les articles 1134 et 1135; ce qui doit conduire à une double série de solutions. Tout d'abord, il faut comprendre par là

tout ce pouvoir supplétif qui appartient forcément au juge en matière d'actes privés, au moins lorsqu'il s'agit de transactions pécuniaires et de contrats. Car, quoi qu'on dise, il n'arrive presque jamais que les parties aient tout prévu; souvent même elles contractent en acceptant des formules dont elles se rendent à peine compte. Pour le reste, elles s'en fient à la bonne foi, à l'équité et aux usages. Il faut donc bien qu'il y ait un pouvoir chargé pour elles de cette réglementation ultérieure qu'elles ont omise et chargé de l'orienter conformément à cet idéal qu'elles avaient vaguement en vue : ce sera le pouvoir judiciaire, lequel aura, dans ce cas, à former sa décision conformément à cet idéal d'harmonie sociale si bien décrit par Stammler. Mais, même en se référant au côté subjectif du contrat, et à s'en tenir à ce qu'ont voulu les parties, cet idéal d'équité peut avoir son rôle à jouer. C'est pour le cas où il serait établi, d'après cette volonté contractuelle commune, déjà décrite, que les parties elles-mêmes y eussent renoncé, pour accepter des clauses contraires à l'équité. Cela peut se comprendre de deux façons. Planck (§ 157) suppose qu'elles eussent voulu exclure, par une clause spéciale, cette règle d'interprétation de l'article 157 : cela ne suffirait peut-être pas pour rendre le contrat nul dans son ensemble en vertu de l'article 138. Il n'y aurait de nul, conformément à l'article 138, que cette clause accessoire; ce qui veut dire, sans doute, que le contrat principal doit encore s'interpréter conformément à l'article 157. Planck ajoute toutefois cette réserve que, si elles eussent renoncé uniquement à la partie de l'article 157 relative aux usages, cette clause serait valable, car elles peuvent toujours renoncer à l'application des usages, lorsque cette renonciation ne recouvre aucune atteinte aux bonnes mœurs. Mais on pourrait comprendre cette exclusion de la bonne foi dans un autre sens, en ce sens que ce sont les clauses elles-mêmes, voulues et acceptées des deux parties, qui fussent une atteinte à la bonne foi : ici il ne faut plus dire que le juge aurait encore le droit de les interpréter conformément à l'article 157, ce qui reviendrait à refaire le contrat conformément à l'idéal d'équité qui doit guider l'interprétation judiciaire. Mais ce serait le contrat tout entier qui pourrait être nul en vertu de l'article 138 : il faudrait alors que l'idéal que le juge dût se faire de l'équité fût identique à celui qui doit lui servir de criterium pour l'application de l'article 138.

§ III. Et, d'ailleurs, dans les deux cas, l'idéal fixé par la loi n'est pas un idéal purement doctrinal et abstrait; car, de même que l'article 138 obligeait le juge à se former son idéal d'équité d'après les mœurs, de même l'article 157 veut qu'il se fasse sa conception de la loyauté et du crédit d'après les usages. Car le texte ne dit pas que le contrat doive s'interpréter selon les usages; la

TITRE QUATRIÈME.

DE LA CONDITION. — DE L'APPOSITION D'UN TERME.

Art. 158. Lorsqu'un acte juridique a été accompli sous une condition suspensive, l'efficacité de cet acte, telle qu'elle a été ainsi

---

chose allait de soi et ne viserait qu'une présomption de volonté, ce qui n'est pas le but de l'article 157. Il dit que la recherche de l'équité doit se faire conformément aux usages, ce qui est bien différent.

§ IV. Enfin, si l'on s'étonne de voir l'article 157 ne parler que des contrats, il faut prendre garde aux deux points de vue auxquels il se réfère. En tant qu'il vise le pouvoir supplétif du juge, pouvoir qui doive s'exercer conformément à un idéal objectif, la règle d'interprétation de l'article 157 s'appliquera à tous les actes juridiques, même unilatéraux. Mais, en tant qu'il vise cette recherche de la volonté commune des parties, laquelle ne peut se faire que conformément à ce qu'elles se doivent chacune réciproquement et à ce que chacune d'elles est en droit d'attendre de l'autre, pour que sa confiance ne soit pas trompée, il y a là une règle qui ne peut s'appliquer qu'à des engagements réciproques : et ainsi s'explique, au moins à ce point de vue, la spécialisation du texte.

Art. 158. § I. L'article 158 ouvre la série des dispositions relatives à la condition; et pas plus que ne l'avait fait le premier Projet, il ne prend parti sur aucune des constructions juridiques admises dans la doctrine au sujet de la condition. Il se contente de reconnaître deux espèces principales de conditions : la condition suspensive, laquelle retarde l'entrée en vigueur d'un acte juridique jusqu'à la réalisation d'un événement encore incertain; et la condition résolutoire, qui, supposant un acte qui ait déjà et immédiatement produit ses effets, en subordonne la cessation à la même réalisation d'un événement également incertain. Toutes les autres distinctions généralement admises en matière de conditions ont été écartées comme devant être réservées à la technique et à la systématique du droit. Il en est ainsi même des conditions immorales et illicites, pour lesquelles, en effet, il n'y avait qu'à renvoyer à l'article 138. Il n'est pas traité, dans cette partie générale et sous forme de théorie générale, de ce que l'on est convenu d'appeler le *Modus*, la charge

rendue dépendante de la condition, se réalise en même temps que se réalise la condition.

---

apposée à un acte de disposition : le Code s'est contenté d'en parler à propos des donations (art. 525 et suiv.) et des dispositions de dernière volonté (art. 1940, art. 2192-2196). De même n'a-t-on pas cru devoir faire une place spéciale à la théorie, proposée par certains auteurs et par Windscheid entre autres (1, § 97), de ce que l'on pourrait appeler les «Motifs déterminants», *Voraussetzungen*, littéralement «les présuppositions ou conditions préalables»; ce sont les faits à raison desquels, s'il s'agit de faits déjà existants, ou en prévision desquels, s'ils doivent se réaliser plus tard, on accomplit un acte de disposition. Ce qui correspond, bien qu'en partie seulement, à certaines des conceptions que l'on fait rentrer en droit français, au moins dans l'opinion de beaucoup d'auteurs, dans la théorie de la cause : comme c'est le cas, par exemple, de certains motifs déterminants en matière de donations. Il n'y a pas là une condition proprement dite; c'est ce que Windscheid appelait une condition incomplète. Mais ces motifs déterminants, qu'il faut bien distinguer d'ailleurs des motifs proprement dits, servent de cause à l'acte de disposition qui a été réalisé, de telle sorte que, si le fait qu'on avait eu en vue se trouve ne pas exister ou ne se réalise pas, l'acte n'a plus de cause; il y a eu enrichissement sans cause, et il doit y avoir lieu à répétition. Aussi est-ce à propos de l'enrichissement sans cause (art. 812) que le Code civil a renvoyé les dispositions se rapportant à cet ordre d'idées (cf. Sal., n° 346, p. 461, note 2).

§ II. Arrivant aux effets de la condition, le Code civil devait prendre parti sur la question de rétroactivité, si contestée par les économistes, et déjà quelque peu abandonnée même en législation (cf. C. féd. obl., art. 171). Tout le monde fut à peu près d'accord pour rejeter la rétroactivité, au moins dans ses effets réels. Les effets de droit que l'acte devait produire ne se réalisent qu'au moment où s'accomplit la condition et ne remontent pas à l'époque antérieure. Si donc il s'agit d'un transfert de propriété, de la création d'une obligation, ou tout autre acte de ce genre, la propriété n'est transférée, ou l'obligation n'existe, qu'à partir du moment où la condition se réalise, ce qui ne veut pas dire que, du jour où l'acte est passé, il ne crée pas entre les parties certains rapports obligatoires (art. 160-161); mais cet effet obligatoire spécial n'est pas l'effet propre que l'acte avait en vue et qui en forme l'objet, effet qui ne se réalisera qu'avec l'événement constitutif de la condition. A partir

Lorsqu'un acte juridique est accompli sous une condition résolutoire, l'efficacité de l'acte cesse au moment où se réalise la condition; à partir de ce moment, l'état de droit antérieur est rétabli.

Art. 159. Lorsque, d'après le contenu de l'acte juridique, les

---

de ce moment, l'effet prévu se réalise de lui-même, la propriété est transférée, l'obligation prend naissance. Les conséquences de ce défaut de rétroactivité ont été atténuées toutefois par la règle de l'article 161, qui rend inefficaces les actes de disposition faits pendant que la condition était en suspens, et qui seraient incompatibles avec l'effet qui doit se produire à la réalisation de la condition (note sur art. 161). Mais on a considéré qu'il n'y avait pas là une conséquence de la rétroactivité; ce serait comme une indisponibilité dérivant de l'obligation spéciale imposée par l'acte conditionnel lui-même, et en vertu de laquelle celui qui l'a passé s'est engagé à ne rien faire qui pût en annuler l'effet. Mêmes solutions en ce qui touche la condition résolutoire; l'effet résultant de l'acte cesse avec l'arrivée de la condition, et l'état antérieur est rétabli de plein droit à partir de ce moment, mais sans rétroactivité, tout en réservant, là encore, l'application de l'article 161.

§ III. Il importe de faire observer, du reste, en vue de l'application de l'article 161, que le caractère conditionnel de l'acte obligatoire en vertu duquel est accompli un acte d'aliénation ne s'applique pas forcément au contrat de transfert qui le suit, et que d'ailleurs, pour le cas le plus important, l'aliénation des immeubles, le Code civil n'admet pas qu'il puisse y avoir immatriculation conditionnelle (art. 925). Si donc cette dernière est faite en exécution d'une vente conditionnelle, elle ne peut être que pure et simple; et si la condition vient à défaillir il ne peut y avoir qu'une action personnelle en vue d'exiger un transfert en sens inverse de l'immeuble précédemment inscrit au Livre foncier.

Art. 159. L'article 159 suppose le cas où la rétroactivité eût été stipulée par les parties; dans ce cas elle n'opère qu'au point de vue des rapports personnels, sans se réaliser dans la sphère des effets réels. Elle n'engendre qu'une réciprocité d'obligations entre les parties, laquelle, pour prendre un exemple, pourra porter en premier lieu sur les fruits et revenus touchés dans l'intervalle, et autres effets analogues.

conséquences attachées à la réalisation de la condition doivent être reportées à une époque antérieure, les parties intéressées sont obligées, au cas de réalisation de la condition, à se fournir réciproquement ce qu'elles auraient eu si ces conséquences s'étaient réalisées à l'époque antérieure indiquée.

Art. 160. Quiconque est ayant droit sous une condition suspensive peut, au cas de réalisation de la condition, exiger de

---

Art. 160. § I. Bien que la condition ne produise aucun effet rétroactif, on a toujours considéré que l'acte juridique auquel elle se trouve attachée produisait, d'ores et déjà, un lien contractuel susceptible d'engager la responsabilité de celui qui se trouverait débiteur, si la condition venait à se réaliser : il est déjà lié, il est engagé à ne rien faire qui puisse compromettre le droit en suspens. Si donc il se trouvait l'avoir compromis par sa faute, il devrait indemnité. Il s'agit d'un véritable lien personnel qu'il a assumé, et pour lequel l'expression de «responsabilité contractuelle», à supposer que ce soit le terme le plus adéquat, doit s'entendre de la façon la plus élargie, comme d'une responsabilité acceptée par le seul fait d'un engagement unilatéral, puisqu'elle s'appliquerait aussi bien aux actes unilatéraux affectés d'une condition qu'aux contrats conditionnels. Mais, bien entendu, il n'y aura ouverture à cette responsabilité que si la condition se réalise, ce qui ne signifie pas, comme Planck semble le dire, que ce lien lui-même soit conditionnel, ou qu'il s'agisse d'une sorte de rétroactivité partielle (Pl., § 160). Le lien est immédiat; seulement, comme le remarque Hölder (p. 352), la responsabilité qui en dérive n'est engagée que s'il y a dommage, et celui-ci n'existe que si la condition se réalise. Seulement il fallait prévoir deux sortes de faits pouvant porter atteinte au droit en suspens, les uns matériels, les autres juridiques. L'article 160 prévoit surtout les faits de disposition matérielle, puisque, s'il s'agit d'un acte de disposition juridique, l'article 161, en principe, le déclare inefficace. Il est vrai qu'il faut toujours réserver l'hypothèse des tiers de bonne foi; dans ce cas, celui dont le droit était conditionnel, ne pouvant plus se prévaloir de l'article 161, n'aurait d'autre ressource que dans le droit à indemnité de l'article 160. Quoi qu'il en soit, s'agissant surtout de faits matériels, il faut supposer, en général, un acte de destruction ou de détérioration de la chose qui avait été transmise ou qui devait être transmise par

l'autre partie réparation du dommage, si cette dernière, pendant que la condition était pendante, a par sa faute anéanti ou amoindri le droit dépendant de la condition.

Peut faire valoir la même prétention, sous les mêmes conditions préalables, celui en faveur de qui, pour un acte accompli sous une condition résolutoire, l'état de droit antérieur se trouve rétabli.

---

celui qui s'est engagé conditionnellement. Aussi n'est-il peut-être pas très exact de parler de destruction du droit, celui-ci restant intact; mais c'est l'objet sur lequel il porte qui se trouve détruit. Et d'ailleurs tout le monde admet, comme c'est à peu près la règle en matière de dommages-intérêts pour nullité de contrat, que la mesure de la faute susceptible d'engager la responsabilité est exactement la même que celle résultant du contrat passé entre les parties, et telle qu'elle serait après la condition réalisée, avec les variétés de degrés, par conséquent, pouvant résulter des différents contrats, suivant qu'il s'agit par exemple de vente (art. 276) ou de tout autre contrat à titre onéreux, ou au contraire de donation (art. 521). Le premier Projet le disait expressément (art. 134 P[1]); on ne l'a supprimé que parce que cette formule n'aurait pu convenir aux actes de disposition réelle, contrats réels d'aliénation, lesquels n'entraînent aucune responsabilité particulière, entendue d'une responsabilité contractuelle proprement dite. Les mêmes principes s'appliqueront, en renversant les situations réciproques des parties, à la condition résolutoire.

§ II. Cette responsabilité éventuelle ne pouvait suffire d'ailleurs à garantir l'exécution du droit en suspens, lorsque, dès avant la réalisation de la condition, le débiteur compromet ou risque de compromettre le droit du créancier; aussi avait-on proposé de donner à celui-ci, pour cette hypothèse, une action en vue d'exiger une sûreté du débiteur. On s'est contenté, comme mesure conservatoire, de lui permettre, puisque son droit représente une valeur patrimoniale suffisante, d'opérer une contrainte sur la chose, qui serait ainsi l'objet de son droit, et qui se trouvera soumise à une sorte de séquestre provisoire. Ces dispositions, prises d'abord par le premier Projet (art. 133 P[1]), ont passé dans le Code de procédure, en ce qui touche la contrainte et autres mesures provisoires permises au créancier (C. Pr. civ. all., art. 916 et 936 et suiv.). De même a-t-on fait pour le cas de faillite et en ce qui concerne la situation faite au créancier conditionnel, lequel n'est admis d'ailleurs qu'à réclamer une sûreté (*Kon. Ord.*, art. 67, et de même art. 154, 156 et 171).

Art. 161. Si quelqu'un, sous une condition suspensive, a disposé d'un objet, tout autre acte ultérieur de disposition auquel il pro-

---

Art. 161. § I. Après avoir parlé (art. 160) des actes de disposition matérielle, il fallait s'occuper des faits juridiques par lesquels on dispose d'un droit dont on a déjà disposé sous condition, cession d'une créance déjà cédée sous condition, aliénation ultérieure d'une chose qui ait fait l'objet d'un premier transfert conditionnel, ou constitution de droit réel sur un immeuble antérieurement aliéné sous condition. Et il s'agissait de savoir si ces actes resteraient valables, sauf à réduire l'ayant droit, à l'avènement de la condition, à une créance d'indemnité, ce qui serait faire du lien obligatoire de l'article 160 un lien purement personnel; ou bien si ces actes seraient inefficaces dans la mesure où ils sont incompatibles avec le droit déjà aliéné, ce qui serait faire de l'engagement qui pèse sur celui qui l'a aliéné un lien réel, portant atteinte à son droit de disposition. Le Code civil distingue, à ce sujet, suivant que l'acte conditionnel était obligatoire ou réel; s'il n'était qu'un acte générateur d'obligation, une vente par exemple, les actes de disposition qui suivraient, bien qu'ils dussent avoir pour objet de rendre impossible le transfert de propriété à réaliser en exécution de la vente, si la condition se réalise, restent pleinement valables. Le droit de disposition du vendeur est demeuré intact.

§ II. Mais, si l'acte conditionnel était un acte de cession, d'aliénation ou, d'une façon générale, de disposition d'un droit, et l'on sait que ce ne pourrait pas être un transfert d'immeuble, l'article 925 ne permettant pas l'immatriculation conditionnelle, l'acte ultérieur, fait en violation du droit éventuel dépendant de la condition, se trouve non avenu; il est inefficace. Le texte ne dit pas qu'il devient inefficace, mais qu'il est inefficace, et cela *ab initio*. Au fond, n'est-ce pas revenir, partiellement du moins, à l'idée de rétroactivité, puisque, de tous les effets qui lui sont généralement attribués, on en admet le plus important, l'invalidité, même à l'égard des tiers, des actes de disposition intérimaires, que la condition soit résolutoire ou suspensive? Comme on l'a fait remarquer, qu'importe le nom, si l'on a déjà, ou à peu près, la chose (cf. Leonh., 404-405)? On a bien répondu sans doute que dans les rapports entre les parties la propriété ne sera pas censée avoir appartenu intérimairement à celui au profit de qui la condition s'accomplit; et même les Motifs observaient qu'avec la rétroactivité il eût fallu invalider tous les actes de disposition faits par celui qui a aliéné, s'il s'agit de condition suspensive, ou

céderait relativement à l'objet, pendant que la condition est en suspens, est, au cas de réalisation de la condition, inefficace, dans

---

par l'acquéreur, au cas de condition résolutoire, même s'ils ne sont pas incompatibles avec l'effet de la condition et qu'ils n'en restreignent pas la portée (l., p. 260). Voulait-on viser par là des actes de disposition qui accroîtraient la portée du droit dépendant de la condition, comme par exemple si le propriétaire qui eût aliéné conditionnellement traitait, comme propriétaire et en qualité de propriétaire, de l'acquisition d'un droit de servitude au profit de l'immeuble, exemple peut-être un peu inexact à raison de l'article 925, mais qui peut laisser suffisamment entrevoir ce que l'on pouvait avoir en vue? Encore resterait-il à savoir si forcément l'idée de rétroactivité eût conduit à rendre l'acquisition inefficace, comme faite au profit d'un non-propriétaire; et de même s'il s'agissait de l'extinction d'une servitude grevant l'immeuble. Ce pourrait être aussi, pour en revenir aux aliénations de choses mobilières, la libération d'un droit de gage pesant sur la chose ainsi aliénée. Quoi qu'il en soit, on a préféré accepter l'idée de Windscheid (I, § 89, note 13 *a*), d'un engagement réel, lien réel, entamant le droit de disposition, non pas d'une façon absolue, mais dans la mesure où il dût nuire au droit cédé, aliéné ou constitué sous condition. N'est-ce pas encore une autre façon d'exprimer la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, dont on a toujours paru fort bien admettre l'application en dehors de toute idée de rétroactivité (cf. Leonh., *loc. cit.*)? Pratiquement, l'intérêt qu'il y eût à faire la distinction serait peut-être le même que celui indiqué par les Motifs en ce qui touche la rétroactivité; et théoriquement est-il absolument exact de dire que celui qui n'a qu'un droit conditionnel ne peut céder qu'un droit conditionnel, si l'on doit reconnaître que la condition frappe l'acte par lequel on aliène et non le droit que l'on cède? Il n'y a pas de propriété conditionnelle, en tant que propriété, mais des actes de transmission dont l'effet est ou non soumis à une condition. Aussi reste-t-il plus exact de voir, dans le fait de disposer d'un droit, un acte par lequel on épuise son droit de disposition dans la mesure où l'on voudrait reprendre ce que l'on a cédé. Cet engagement avec effet réel se rapproche donc très sensiblement de ce que serait une défense d'aliéner, comme celle de l'article 135; et les Motifs (*loc. cit.*) avaient déjà fait eux-mêmes le rapprochement, mais en indiquant tout aussitôt la différence qui les sépare, et consistant en ce que la défense d'aliéner n'est invocable que par certaines personnes, et n'a, par suite, qu'un effet relatif, tandis que l'engagement réel

la mesure où cet acte anéantirait ou amoindrirait les effets juridiques dont la mise en vigueur dépend de la condition. Il faut assimiler à un acte de disposition de cette nature l'acte de disposition qui, pendant que la condition est en suspens, interviendrait

---

peut être invoqué par tous les intéressés et a, par suite, un effet absolu. Seulement, il faut revenir et insister sur ce point, qu'il ne prohibe pas tous les actes de disposition, en tant qu'actes de disposition, mais ceux seulement qui rendraient inefficace pour le tout ou pour partie le droit acquis sous condition.

§ III. Le principe de l'engagement réel ainsi posé, il importe immédiatement de mettre en relief les protections accordées aux tiers de bonne foi et qui sont les mêmes que celles admises sur l'article 135, avec cette nuance que, là où la loi exige que le tiers, pour n'être pas en faute, n'ait pas connu ou dû connaître la défense d'aliéner, il faudra parler ici de l'engagement réel qui pesait sur celui avec qui il a traité (Pl., § 161).

§ IV. Cette idée d'un engagement qui pèse déjà sur celui qui a aliéné ou contracté sous condition conduira encore à d'autres conséquences. On a voulu lui rattacher, par exemple, le fait de la transmission aux héritiers de la situation juridique de celui qui est ainsi engagé par l'acte conditionnel qu'il a passé (cf. Hölder, p. 353). Cette transmissibilité, quelle qu'en soit d'ailleurs l'explication, allait tellement de soi que l'on a cru inutile de l'exprimer formellement, comme l'avait fait l'article 132 P[1], soit au point de vue actif, soit au point de vue passif. On a posé la question au sujet du jugement rendu pour ou contre le propriétaire intérimaire; et peut-être sur ce point ne serait-il pas indifférent d'admettre ou non la rétroactivité. Quoi qu'il en soit, s'il s'agit de condition suspensive, celui qui acquiert sous cette condition étant l'ayant cause de l'autre doit pouvoir subir ou invoquer les jugements rendus à l'égard de celui-ci; tandis que Planck n'admet plus qu'il en soit ainsi à l'égard de celui qui reprend la chose en vertu d'une condition résolutoire, vu qu'il n'est plus le successeur à titre particulier de celui dont le droit est résolu. Et cependant en est-on bien sûr, du moment qu'il n'y a pas rétroactivité? La loi n'a pas parlé de cette hypothèse, mais a prévu le cas de faillite de celui qui a aliéné ou encore le cas de saisie. La faillite ne fait pas disparaître l'engagement de celui sur qui il pèse; de sorte que, si le syndic aliénait la chose, cette aliénation serait inefficace en vertu de l'article 161, et de même en serait-il ainsi s'il y avait aliénation à la suite de saisie.

sous forme d'exécution forcée ou de procédure de saisie ou par le fait d'un syndic de faillite.

Il en est de même, au cas de condition résolutoire, des actes de disposition faits par celui dont le droit cesse d'exister par la réalisation de la condition.

Reçoivent application correspondante les dispositions établies en faveur de ceux qui tiennent leurs droits d'un non-ayant droit.

Art. 162. Lorsque la réalisation de la condition, contre toute loyauté et confiance réciproque, est empêchée par la partie au détriment de laquelle elle eût tourné, la condition vaut comme réalisée.

Lorsque la réalisation de la condition, contre toute loyauté et confiance réciproque, est produite par la partie à l'avantage de laquelle elle doit tourner, cette réalisation vaut comme non avenue.

Art. 163. Si, lors de l'accomplissement d'un acte juridique, l'efficacité en a été subordonnée à un terme suspensif ou à un

---

Art. 162. La disposition de l'article 162 se place dans l'hypothèse où il a été admis que la réalisation de la condition ne doit dépendre en aucune façon du fait de l'une ou de l'autre des parties, de telle sorte que la violation de cet engagement constitue une atteinte à la bonne foi. Cette atteinte eût donné ouverture, d'après les principes du droit commun, à une action en indemnité. L'article 162 va plus loin en exigeant que l'on tienne pour réalisée juste l'alternative inverse de celle imputable à la partie qui se trouve en cause (cf. Pl., § 162).

Art. 163. § I. L'article 141 P[1] distinguait deux sortes de termes, au moins en matière de termes suspensifs : l'un qui retarde l'effet d'un acte jusqu'à l'échéance d'une date ou l'arrivée d'un événement certain, de telle sorte que le droit que l'acte est destiné à produire ne prendra existence qu'à ce moment ou encore, s'il s'agit de transfert, que celui-ci ne se réalisera qu'à cette date; et l'autre qui, sans reculer l'effet juridique que l'acte ait en vue, en retarde seulement la mise à exécution, et par suite le droit de le faire valoir. C'est

terme extinctif, il y a lieu de faire application correspondante, dans le premier cas, des dispositions des articles 158, 160 161,

---

cette dernière conception qui l'emporte généralement en matière d'obligations à terme, tandis que la première doit, au contraire, être présumée lorsqu'il s'agit de contrat réel de transfert ou de cession, ou, d'une façon générale, dans les actes de disposition; c'est ce qui paraît bien ressortir aussi des tendances du droit français, au moins lorsqu'il s'agit d'actes de dernière volonté (cf. Aubry et Rau, VII, § 717, not. 5 et 6). L'article 163 a cru inutile de rappeler cette distinction et inutile également d'établir une présomption en faveur de l'une ou de l'autre des deux conceptions. Tout dépendra de l'intention des parties; et la présomption se déduira de la nature de l'acte conformément, en général, aux exemples qui viennent d'être rappelés. A plus forte raison, n'y avait-il aucune disposition particulière à établir pour le cas où l'effet de l'acte doit être immédiat, puisque dans ce cas le transfert est réalisé, les obligations créées, et que la seule particularité à admettre est que le droit, pour l'intéressé, de faire valoir l'effet juridique que l'acte a produit en sa faveur se trouve retardé jusqu'à échéance (pour l'un des intérêts de la distinction, voir art. 198, 199 et 202). C'était donc seulement pour l'hypothèse où le déplacement ou encore la constitution du droit, d'une façon générale l'effet juridique que l'acte ait pour but de produire, se trouvent reculés à la date indiquée, qu'il y avait lieu de régler la situation intérimaire. Or celle-ci, forcément, se trouve identique à celle de la condition : l'effet juridique qui doive sortir de l'acte ne se produit qu'à l'échéance sans effet rétroactif. Il n'y a de différence que dans la certitude de l'échéance. Aussi appliquera-t-on également les dispositions relatives au lien à la fois personnel et réel, lequel pèsera intérimairement sur celui qui, à l'échéance, sera tenu des obligations que l'acte doive créer ou de qui émane la cession, le transfert ou la constitution du droit. Bien entendu, les mêmes dispositions s'appliquent, toutes proportions gardées, et en quelque sorte *vice versa*, au terme extinctif, lequel n'est guère susceptible que d'une seule conception, celle qui fasse cesser les effets de l'acte à l'échéance, et qui l'assimile, par conséquent, sauf la certitude relative à sa réalisation, à la condition résolutoire. (Voir application en matière de prescription, art. 198, 199, 202 et les notes.) Cette assimilation entre la condition et le terme, entendu d'un véritable terme au sens de l'article 163, est également admise en principe en matière testamentaire (cf. art. 2104, 2105, 2177). Cependant, sous certains rapports, la loi a pu, par interpré-

dans la mesure où elles visent la condition suspensive, et da le second, des mêmes dispositions, dans la mesure où elles vis la condition résolutoire.

---

tation présumée de la volonté du testateur, admettre une réglementation férente entre le terme et la condition, comme dans le cas de l'article 20 Mais il faut insister à nouveau sur ce point important que cette assimilati entre le terme et la condition n'est posée en principe que pour le cas où l' se trouve en présence d'un terme, au sens technique que le mot a pris da l'article 163, par opposition au délai d'exécution, lequel ne retarde pas l'effi cité de l'acte, mais uniquement son exigibilité. Le seul but de l'article 1 a donc été de fournir une définition technique du terme proprement dit, aya pour but d'indiquer quels en seraient les effets toutes les fois que l'on se tro verait en présence d'un véritable délai d'efficacité et ayant pour but, en out de poser en principe que ce serait ce délai d'efficacité que la loi aurait en vu lorsqu'elle parlerait de terme, mais sans prétendre fournir. au point de v des actes privés, la moindre présomption relative à la question de savo quand les parties seraient censées avoir eu en vue un délai d'efficacité, c'es à-dire un terme, ou un délai d'exigibilité, simple délai d'exécution.

§ II. L'article 163, en ce qui touche l'assimilation entre terme et conditio au point de vue des dispositions qui les régissent, ne parle pas de l'applicatio de l'article 159, parce qu'il serait invraisemblable, s'agissant d'un terme échéance certaine, qu'on eût voulu le rendre rétroactif : autant eût valu l supprimer. Le fait qu'on ne parle pas davantage de l'application de l'article 162 a pu laisser croire que l'article 163 ne visait que les termes sur l'échéance desquels la volonté des parties ne pût avoir aucune prise, ce qui exclurait ce que l'on appelle quelquefois le terme incertain, le *dies incertus*, celui dont l'échéance est certaine, quoiqu'on ne puisse savoir quand elle se réalisera, de telle sorte que l'action de l'homme pourrait encore en hâter la réalisation. Kipp (sur Wind., I, 433-434), après avoir présenté cette sorte d'induction, remarque cependant que les Motifs (V, 25) ont entendu ne pas assimiler ce terme incertain à la condition, et que cette distinction a été affirmée encore par la seconde Commission (*Pr.*, I, 186). Ce principe de non-assimilation doit donc rester la règle (cf. Pl., § 163); et si, en pareil cas, la partie intéressée influait sur la réalisation du terme, il faudrait alors, par analogie, appliquer l'article 162.

TITRE CINQUIÈME.

DE LA REPRÉSENTATION. — DE LA PROCURATION.

Art. 164. Une déclaration de volonté que quelqu'un, dans la limite du pouvoir de représentation lui appartenant, émet au

---

Titre V. Comme bibliographie spéciale, en dehors des travaux de Schlossmann, cité *infra*, en note sur l'article 164, voir les références indiquées dans le second fascicule de Eck, publié par Leonhard (Eck, *Vorträge*, p. 179, n. 2).

Art. 164. § I. Le Code civil ne reconnaît qu'une seule espèce de représentation à laquelle on doive réserver ce nom technique; c'est celle que l'on était convenu d'appeler la représentation directe, lorsque le représentant n'a pas voulu traiter en son propre nom et qu'il a été entendu que les effets de l'acte se produiraient uniquement dans la personne du représenté. Bien entendu, il n'y avait pas, en effet, à confondre le représentant avec l'intermédiaire, le *nuntius* ou le messager du droit romain, qui n'a pas de volonté propre à émettre et qui ne fait que transmettre la volonté d'un autre : il ne constitue qu'un procédé de transmission; aussi n'y a-t-il pas à considérer s'il est capable ou non et si lui-même a commis ou non une erreur. La déclaration qu'il émet n'est pas l'expression de sa volonté. Il n'y a pas à parler de vices de la volonté se réalisant en sa personne. Si, au contraire, il commettait une erreur dans la transmission, il y aurait lieu à l'application de l'article 120. La seule représentation auquel ce nom puisse s'appliquer est donc celle qui se réalise dans le domaine de la volonté : la volonté du représentant se substituant à celle du représenté. La déclaration de volonté émane du représentant; c'est celui-ci qui parle au contrat, c'est lui qui veut. C'est donc sa propre déclaration qu'il faut analyser pour savoir si elle est valable en tant que déclaration de volonté; seulement les effets de cette déclaration doivent se réaliser chez le représenté. Mais, à côté de cette représentation directe, la doctrine et la pratique connaissent une représentation indirecte, dont le contrat de commission du Code de commerce est l'exemple le plus frappant. Elle consiste en ce que le représentant, tout en agissant dans l'intérêt d'autrui, n'a pas voulu parler au nom d'un autre : il a parlé en son nom. Le contrat se réalise donc

nom du représenté produit ses effets directement pour et contre le représenté. Il n'y a aucune différence à faire suivant que la

---

en sa personne; seulement le représentant doit en retransférer les effets dans la personne de celui pour lequel il traitait. Dans la théorie qui avait prévalu, cette séparation était si tranchée que, dans aucun cas, on n'admettait que les effets du contrat passassent directement en la personne du représenté : celui-ci n'avait que des actions personnelles en vue de se faire rétrocéder les droits acquis par son remplaçant, s'il s'agissait de propriété et de droits réels, ou les actions lui appartenant s'il s'agissait de créances. Et à l'inverse le tiers avec lequel le contrat avait été passé n'avait jamais d'action directe contre celui dans l'intérêt duquel l'autre partie avait agi : il ne pouvait qu'intenter au nom de cette dernière l'action appartenant à celui-ci. On ne lui reconnaissait aucun droit d'agir contre le véritable intéressé, en dépit des souvenirs du droit romain sur l'*actio institoria*, pas même une action *de in rem verso*, dans la mesure du profit retiré. Et il importait peu que le tiers eût connu ou non que la partie avec qui il traitait agissait ou non dans l'intérêt d'un autre et qu'il ait su quel était l'intéressé direct. Ce qui était dominant c'était la volonté du représentant d'agir au nom de celui dans l'intérêt duquel il traitait, ou au contraire, d'agir en son nom propre, en dépit de l'intérêt qu'il représentait. Ainsi conçue, la représentation indirecte n'a pas à donner lieu à aucune théorie spéciale; il n'y a qu'à lui appliquer les principes généraux du droit commun, soit dans les rapports entre les parties, relativement à l'acte passé entre elles, soit dans les rapports entre représentant et représenté, conformément au contrat, mandat, louage de services, contrat de commission ou autre existant entre eux. Cette distinction si radicale entre les deux catégories de représentation a été vivement attaquée à plusieurs reprises déjà par Schlossmann (*Der Vertrag*, p. 124; cf. *Iher. Iahr.*, t. 38, p. 138; et encore, depuis la publication du Code civil, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1900). Il n'est guère douteux cependant, par le seul fait que le Code civil ne traite que de la représentation directe, que cette distinction ait été admise dans ses termes traditionnels (*M.*, I., 223). On avait bien essayé, devant la seconde Commission, d'élaborer une théorie de la représentation indirecte, en vue surtout d'accorder au tiers des garanties plus complètes. Mais ces tentatives n'ont pas abouti (cf. Pl., p. 210-211, p. 212). Resterait à voir, puisque cette théorie conduit à refuser toute action directe au tiers contre l'intéressé lui-même au cas de représentation indirecte, si cependant, sur le terrain de

déclaration a lieu directement au nom du représenté ou qu'il résulte des circonstances qu'elle doive avoir lieu en son nom.

---

l'enrichissement sans cause (art. 812 et suiv.), il n'y aurait pas lieu, pour certains cas tout au moins, d'admettre une action donnée dans la mesure de l'enrichissement (Kuhl., 517).

§ II. Conformément à ce qui précède la condition première de la représentation directe serait donc que le représentant eût la volonté d'agir au nom d'autrui; et c'est bien ce que dit l'article 164. Mais en même temps il admet que cette intention n'a pas besoin d'être exprimée en termes formels, ni même d'être expresse, et qu'elle pourrait résulter des circonstances. Seulement, ce qui doit résulter des circonstances, au moins à prendre l'article 164 dans son sens apparent, ce n'est pas seulement le fait que le représentant agit dans l'intérêt d'un autre, mais qu'il a voulu agir au nom de cet autre. A quoi Schlossmann (*Vertretung*, 148) a déjà répondu que le fait de se présenter au nom de quelqu'un, lorsqu'on admet qu'il peut se manifester par une déclaration purement tacite de volonté, ne peut résulter que du fait d'agir ouvertement dans l'intérêt d'autrui : il suffirait donc que le tiers eût connu le but final de celui avec qui il traite, et qu'il lui eût été révélé, expressément ou tacitement — c'est ainsi que Schlossmann traduit l'article 164 al. 1, — pour que les effets du contrat se réalisassent dans la personne du représenté (cf. C. C^es all., art. 52). Quelle que soit la position que doive prendre la jurisprudence entre ces deux interprétations, ce qui est certain c'est que l'élément constitutif de la représentation directe, que ce soit le fait d'agir dans l'intérêt d'autrui ou le fait d'avoir voulu, en outre, agir au nom d'autrui, doit, s'il se manifeste par voie de déclaration tacite, être apparent pour le tiers avec qui le contrat est passé. Il ne suffit pas, d'après l'article 164, que les circonstances puissent révéler après coup que le représentant se présentait au nom d'autrui; il faut que l'intention d'agir au nom d'autrui se manifeste à l'égard du tiers qui est en cause comme une déclaration qui lui soit adressée et dont le sens lui soit apparent.

§ III. Si donc, en cette matière, tout repose sur la volonté des parties, il en résulterait que l'erreur sur la qualité de celui avec qui le contrat est passé constituerait une erreur sur la personne au sens de l'article 119, donnant droit par suite à annulation. Il en serait ainsi du tiers qui croirait traiter avec l'intéressé direct, alors qu'il traite avec son représentant et inversement. Et de même en serait-il du représentant qui entendrait traiter au nom d'autrui,

Si la volonté d'agir au nom d'autrui ne se laisse pas clairement reconnaître, il n'y a pas à prendre en considération le

---

alors que l'autre partie eût entendu contracter avec lui personnellement comme intéressé direct; et l'on va voir dans quel cas, pour cette dernière hypothèse, il pourrait y avoir à parler d'erreur du chef du représentant. De ces diverses conséquences de l'erreur, il en est une au moins que l'article 164 écarte, en tant qu'elle constituerait une surprise pour les tiers: c'est celle qui permettrait toujours, et dans tous les cas, au représentant d'exciper de sa qualité de représentant pour échapper aux conséquences du contrat qu'il a conclu personnellement. Il ne peut exciper d'une fausse interprétation de sa volonté que si l'intention d'agir au nom d'autrui était apparente pour le tiers avec qui il traitait. Si sa propre déclaration de volonté ne laissait pas apparaître l'intention de contracter au nom d'autrui, c'est que le contenu de sa déclaration ne correspond pas au contenu de sa volonté, et c'est dans ce cas, en effet, qu'il y aurait eu à parler d'erreur, non pas d'erreur sur la personne, mais d'erreur sur le contenu de la déclaration (art. 119 al. 1). Or c'est cette annulabilité pour erreur que supprime l'article 164 al. 2. Le représentant sera lié par le contexte et la forme apparente de sa déclaration. Si, au contraire, sa déclaration laissait apparaître sa volonté et sa qualité, dans ce cas il peut repousser l'action personnelle que le tiers tendrait à diriger contre lui, non pas en excipant de l'erreur, car il n'aurait pas à prendre l'initiative d'une annulation pour erreur, mais en excipant de l'absence de contrat personnel passé entre lui et l'autre partie (art. 155). Revenant au cas où la déclaration de volonté du représentant, lors de l'acte conclu avec le tiers, n'a pas laissé apparaître sa qualité de représentant, il faut dire que dans ce cas il ne peut exciper du fait qu'il n'a pas voulu agir en son nom propre pour se soustraire aux conséquences du contrat, et par suite aux obligations personnelles qui en dérivent à sa charge. Il sera donc tenu comme s'il avait voulu agir pour lui et ne pourra repousser l'action du tiers avec qui il a contracté. C'est là ce qu'a voulu dire avant tout l'article 164 al. 2. On peut considérer, d'ailleurs, que cette solution n'est, par rapport au tiers avec lequel le représentant a contracté, qu'une application de l'article 116, au moins lorsque le représentant s'était présenté ouvertement comme agissant en son nom à lui, alors que dans sa pensée il voulait agir pour autrui (cf. Crome, I, § 103, not. 10). Mais la solution de l'article 164 était surtout utile pour le cas où le caractère de l'acte était douteux, où le représentant n'a pas voulu induire le tiers en erreur,

fait que l'on n'avait pas la volonté d'agir en son propre nom.

Les règles de l'alinéa 1er reçoivent application correspondante

---

sans cependant que celui-ci ait pu reconnaître nettement s'il agissait pour lui ou pour un autre. Du moment que le fait d'agir pour autrui ne ressort pas clairement, ni de la déclaration du représentant, ni des circonstances qui l'accompagnent, le tiers a le droit de tenir l'acte ainsi conclu comme un acte fait par l'autre partie en son nom propre, et non pas au nom d'autrui.

§ IV. L'article 164 a-t-il voulu dire, en outre, que l'hypothèse serait à considérer d'une façon absolue et complète, comme un cas de représentation indirecte, même dans les rapports avec le représenté, en ce sens que, par rapport à ce dernier, les effets du contrat ne se réaliseraient en sa personne que par de nouvelles cessions et rétrocessions de la part du représentant, comme au cas de représentation indirecte proprement dite, sans tenir compte de ce fait que le représentant a voulu agir pour le représenté? Sur ce dernier point déjà apparaissent des opinions sensiblement divergentes. Eck (*Sammlung von Vorträgen*, p. 66, et du même, *Vorträge*, § 36, p. 179 et 180, al. 1) considère comme inadmissible, s'il s'agit par exemple d'acquisition de propriété, — et il prend pour exemple un achat d'objets mobiliers, — que, si le représentant meurt ou tombe en faillite avant d'avoir rétrocédé ce qu'il a acheté pour lui, ces objets fassent partie de la succession ou de la masse de la faillite. On peut supposer que ce caractère de représentation directe n'existe que dans les rapports entre le représentant et le représenté, au point de vue de l'acquisition des droits dérivant du contrat, mais non dans les rapports entre le tiers et le représenté, en ce sens qu'il n'y aurait de l'un à l'autre aucune action directe. Peut-être pourrait-on croire que Zitelmann fût également de cet avis (*All. T.*, 119). Mais on peut aller plus loin, et considérer que ce caractère de représentation directe se réalise même dans les rapports entre le tiers et le représenté, en ce sens que le tiers ait action non seulement contre le représentant, mais également contre le représenté, solidairement (Cos., 217-218). Ce serait donc le point intermédiaire par lequel les deux sortes de représentation arriveraient à se rejoindre. Planck s'y refuse absolument et interprète l'article 164 dans ce sens qu'il assimilerait pour le tout le cas où la qualité de représentant ne se laisse pas reconnaître à un cas de représentation indirecte : le Code aurait voulu dire que, pour personne, il n'y eût à prendre en considération le fait que le représentant n'a pas voulu agir pour autrui. Cette interprétation paraîtra bien rigoureuse, et

lorsque la déclaration de volonté que l'on doit émettre envers un autre a lieu envers le représentant de ce dernier.

Art. 165. L'efficacité d'une déclaration de volonté émise par ou

---

même tout à fait inacceptable, au moins pour le cas où le tiers a su que celui avec qui il traitait agissait dans l'intérêt de telle personne déterminée, comme dans l'exemple cité par Cosack (*loc. cit.*). Il est peu probable que la pratique accepte une telle rigueur de principes et cette intransigeance de raisonnement syllogistique (voir cependant Ennecc., § 88, p. 224, et, dans un autre sens, la note de Leonhard dans le second fascicule de Eck, *Vorträge*, p. 180, n. 1; cf. Crome, *loc. cit.*).

§ V. L'article 164 admet, au point de vue passif, les mêmes effets de représentation directe que lorsqu'il s'agit du point de vue actif, ce qui vise l'hypothèse où le représentant reçoit la déclaration de volonté au lieu de la faire lui-même. Et cela suppose encore que les deux parties soient d'accord sur la qualité à raison de laquelle agit le représentant, que le tiers qui prend l'initiative ait l'intention de contracter avec un représentant et que ce dernier ait celle d'agir au nom d'autrui. Faudra-t-il donc encore que ces qualités et ces intentions fussent apparentes pour les deux parties? Faudra-t-il déduire de la situation apparente, par exemple des rapports existants au vu et su de tout le monde entre le représentant et le représenté, la qualité à raison de laquelle les parties sont présumées avoir entendu traiter et la leur imposer, même si elle ne concordait pas avec leur volonté; admettrait-on alors l'annulation pour erreur, ou devrait-on en limiter l'exercice par une règle analogue à celle de l'article 164 al. 2? Ce sont tout autant de questions à résoudre d'après les principes généraux, et d'après les tendances qui prévaudront, soit dans le sens de la prédominance de la théorie de la volonté, soit dans le sens de la théorie de la déclaration (cf. note sur art. 116 et Zit., *All. T.*, p. 119).

Art. 165. § I. On a vu que les questions relatives à la validité des déclarations de volonté émises par le représentant ou à son adresse devaient se résoudre par rapport à sa personne, et non par rapport au représenté. Il faudrait en conclure que, si le représentant était pleinement incapable, les déclarations le concernant seraient nulles (art. 105, 131). Aussi semblerait-il que l'on dût appliquer un principe analogue au sujet du degré de validité de

envers un représentant n'est pas amoindrie par ce fait que le représentant soit restreint dans sa capacité d'exercice des droits.

---

ces mêmes déclarations, si le représentant n'avait qu'une capacité restreinte. C'eût été pratiquement enlever à tous ces demi-incapables, et entre autres aux mineurs, la possibilité de représenter autrui; et cependant c'est à celui qui accepte de se faire représenter par un mineur d'en subir les conséquences. On comprend que la loi ait voulu protéger les mineurs relativement aux actes qu'ils font pour eux. Pourquoi protégerait-elle les personnes capables qui acceptent de confier leurs intérêts à des mineurs? Il ne devrait en être ainsi que si la volonté des demi-incapables fût une volonté dont le droit n'eût pas à tenir compte et considérée comme n'existant pas. Ce qui n'est pas le cas. L'inefficacité partielle des actes passés par les demi-incapables provient, non pas d'une incapacité proprement dite de la volonté, mais d'une préoccupation de la loi de protéger les intérêts des personnes en cause : de là, par suite, la disposition de l'article 165 ajoutée par la seconde Commission (*Pr.*, 138-139).

§ II. Il est vrai que cette disposition pouvait devenir dangereuse lorsqu'il s'agirait de représentants légaux, s'ils se trouvaient être de capacité restreinte. Mais les inconvénients qu'elle pourrait avoir, dans ce cas, se trouvent écartés, pour les hypothèses les plus importantes, par suite de dispositions spéciales. Ainsi, pour ce qui est de la tutelle, la question n'aura pas à se poser dans les cas prévus par l'article 1780, puisque dans ces cas la nomination du tuteur serait nulle. La même nullité n'atteindrait pas la nomination d'un tuteur en état de minorité, faite en contradiction avec l'article 1781; mais il resterait les garanties de l'article 1886; et, par suite, tant qu'il n'y aurait pas eu révocation, l'article 165 s'appliquerait. En ce qui touche les représentants légaux, investis de la puissance paternelle, mêmes garanties résultant des articles 1676, 1678, 1686, 1696. Il n'en est plus de même, il est vrai, en ce qui concerne le mandat ou le pouvoir domestique de la femme conformément à l'article 1357; si donc celle-ci se trouve restreinte dans sa capacité, l'article 165 s'appliquerait, sauf au mari, s'il veut se garantir contre les actes de sa femme, à user du droit de l'article 1357 al. 2. Enfin les mêmes précautions n'étaient pas à prendre à l'égard des représentants d'une personne juridique; s'ils n'ont qu'une capacité restreinte, c'est à l'assemblée à ne pas les nommer. Si elle l'a fait, il n'y a plus qu'à appliquer l'article 165 (cf. Pl., 212-213).

Art. 166. Dans la mesure où les conséquences juridiques d'une déclaration de volonté peuvent recevoir atteinte de l'existence d'un vice de la volonté ou du fait que l'on aurait connu ou dû nécessairement connaître certaines circonstances spéciales,

---

§ III. Planck fait remarquer avec raison que l'article 165 n'a trait qu'à l'efficacité par rapport au représenté des actes du représentant, même demi-incapable, et ne vise pas la question de validité des rapports juridiques existant entre représentant et représenté, et en vertu desquels le premier agit au nom du second, mandat, gérance d'affaires et autres rapports analogues. Ce n'est pas, en effet, le fait de la représentation qui, par lui-même, oblige le représentant; ce lien obligatoire, s'il existe, lui vient du rapport juridique en vertu duquel il a agi pour autrui, et ce rapport devra tomber sous l'application des articles 106 et suivants. Si donc les pouvoirs du représentant se trouvaient annulés ou restreints par suite de l'application de ces dernières dispositions, la question relative à la validité de la représentation serait à régler conformément à l'article 167. Et s'il s'agissait de gestion d'affaires, en dehors de tout mandat, il y aurait lieu, au point de vue de la responsabilité en général, à l'application de l'article 682.

Art. 166. § I. L'article 166 contient l'application du principe d'après lequel l'acte est passé par le représentant, de telle sorte que, pour apprécier si la déclaration de volonté qui le constitue est valable, c'est par rapport à la volonté du représentant qu'il faut se placer. Si donc la déclaration émise par le représentant est atteinte d'un vice (art. 119 et 123) ou si elle constitue un défaut de volonté (art. 116 à 118), l'acte ainsi passé par le représentant sera annulable ou nul suivant les cas, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir si la déclaration émanant du représenté et constituant la procuration était valable ou non, atteinte ou non d'une cause de nullité ou d'annulabilité. Ce sont deux actes distincts, qu'il faut juger distinctement (cf. note sur art. 167). On avait proposé cependant d'en faire les deux éléments d'un seul et même acte passé avec le tiers, au moins lorsque le représentant agit d'après les instructions du représenté et que celles-ci sont contenues dans la procuration; la procuration deviendrait comme le moyen de transmission de la volonté du représenté, ou plutôt comme son identification anticipée, volonté à laquelle adhérerait le représentant par sa participation à l'acte, ce qui le dis-

il y a lieu de prendre en considération, non pas la personne du représenté, mais celle du représentant.

Dans le cas où il y a eu pouvoir de représentation conféré par acte juridique (procuration), si le représentant agit d'après des instructions déterminées de l'auteur de la procuration, ce dernier

---

tinguerait encore du simple intermédiaire et du messager, mais sans qu'il y ait à prendre en considération sa volonté personnelle. On a fait remarquer que, même dans ce cas, le représentant fait acte de volonté distincte, que cette volonté peut être influencée, par exemple, par un dol, comme ce serait le cas s'il s'aperçoit que les instructions à lui données peuvent être nuisibles à l'intéressé et que le tiers, par son dol, l'empêche d'en référer à celui de qui il tient ses pouvoirs; et que, par suite, il serait regrettable que l'acte, en pareille matière, ne pût être annulé à raison du dol pratiqué personnellement à l'égard du représentant. Si, d'ailleurs, c'est la procuration qui est nulle ou annulable, le cas devra être traité d'après les dispositions de l'article 177. Et si, au cas de dol, la procuration ne pouvait être annulée, parce que le dol viendrait de quelqu'un qui fût étranger à l'acte par lequel cette procuration est donnée, alors que cet auteur du dol fût précisément le tiers avec qui le représentant doit traiter, la seule ressource que l'on semble devoir admettre serait alors dans les principes sur la responsabilité délictuelle (*Pr.*, 141-142); et peut-être est-ce insuffisant, comme on le verra en note sous l'article 167.

§ II. A côté des vices de la volonté, il fallait prévoir le cas où les effets de l'acte passé avec le tiers, ou certains de ces effets, dépendent du fait qu'on a connu ou dû nécessairement connaître (cf. note sur art. 122) certaines circonstances déterminées par la loi, comme c'est le cas en ce qui touche les dommages-intérêts de l'article 122, et également en matière d'acquisition d'une chose mobilière (art. 932), et bien d'autres hypothèses (cf. art. 169, 179, 307, 405, 694, 892, 1424, 1682) dans lesquelles on tient compte de la bonne foi de l'une des parties. En principe, cette bonne foi devra donc être appréciée dans la personne du représentant; en ce sens que, s'il n'était pas de bonne foi, parce qu'il connaissait ou aurait dû connaître tel fait prévu par la loi, les conséquences juridiques attachées à la bonne foi ne se produiront pas, alors même que le représenté fût parfaitement de bonne foi de son côté, qu'il eût ou non donné des instructions à son représentant. En cela

ne peut pas, par rapport à telles circonstances que lui-même connaissait, se prévaloir du fait que le représentant ne les connaissait pas. Il en serait de même s'il s'agissait de circonstances que l'auteur de la procuration aurait dû nécessairement connaître,

---

encore réside une nouvelle différence avec le cas où il s'agirait non plus d'un représentant, mais d'un intermédiaire.

§ III. A l'inverse, on aurait dû décider que, si le représentant était de bonne foi sans qu'il en fût de même du représenté, les effets attachés à la bonne foi, tels, par exemple, que l'acquisition d'un meuble acheté d'un non-propriétaire (art. 932), auraient dû encore se produire par rapport au représenté. C'était inadmissible; il eût fallu, tout au moins, donner au tiers une exception de dol à l'encontre du représenté. On a trouvé plus simple de décider que celui-ci ne pourrait se prévaloir de la bonne foi de son représentant, et que la solution serait la même, par rapport au représenté, que si le représentant eût été de mauvaise foi. Mais cette solution et, par suite, cette exception au principe général que, dans les rapports avec le tiers, la personne du représenté est hors de cause, est subordonnée à deux conditions. La première est qu'il y ait eu procuration au sens propre du mot; car, sinon (art. 177), le représentant agirait de sa seule initiative, et la responsabilité du représenté ne serait pas engagée. Seulement on n'exige plus (cf. art. 118 P[1]) qu'il s'agisse d'une procuration spéciale à l'acte en cause; il suffirait donc d'une procuration générale. La seconde condition est que le représentant agisse d'après les instructions de l'intéressé principal. C'est en effet dans ce cas, on l'a vu, qu'on avait voulu ne plus tenir compte de la volonté du représentant pour ne prendre en considération que celle du représenté. Tout ce que l'on a retenu de ce système, c'est que, dans ce cas, tout en prenant en considération la volonté du représentant au point de vue de la validité et des effets de l'acte, on tiendrait compte, en outre, non pas des vices susceptibles d'entacher la volonté de celui qui a donné la procuration et qui rendraient la procuration annulable ou nulle, mais de la mauvaise foi personnelle à celui qui a conféré ses pouvoirs au représentant. Seulement, comme cette solution ne dérive pas d'un lien juridique à établir, vis-à-vis du tiers lui-même, entre l'acte passé avec lui et la procuration en vertu duquel il est passé, on n'exige plus (cf. art. 118 P[1]) que ces instructions soient contenues dans la procuration; elles pourraient dériver de l'acte en vertu duquel la procuration elle-même est donnée, et dont

toutes les fois que le fait qu'on dût nécessairement connaître est assimilé au fait d'avoir connu.

Art. 167. La procuration se confère par déclaration soit envers

---

elle se distingue, tel que le mandat, le louage de services, ou autre rapport juridique existant entre les parties. On n'exige même plus que ces instructions portent sur l'opération visée; il suffirait qu'elles eussent en vue les points au sujet desquels les circonstances relatives à la bonne foi peuvent être à prendre en considération, comme si par exemple il y avait eu ordre d'acquérir telle chose de telle personne, que le mandant sait très bien n'être pas propriétaire, sans préciser d'ailleurs le mode d'acquisition, achat ou échange, peu importe (Pl., 214).

§ IV. Si la personne du représenté n'est pas à prendre en considération en ce qui touche l'acte passé avec le tiers, on a fait remarquer avec raison que, pour ce qui est des effets qui en dérivent et qui doivent se réaliser dans la personne du représenté, il fallait se préoccuper de savoir si celui-ci avait la capacité nécessaire pour que ces effets se produisent par rapport à lui. Il en serait ainsi, par exemple, en ce qui touche les acquisitions de propriété, relativement aux incapacités qui peuvent exister à ce point de vue (cf. L. Intr., art. 86, 88).

Art. 167. § I. L'article 167 traite de la procuration dont il fait un acte juridique essentiellement distinct du rapport de droit en vertu duquel le représentant est investi du droit d'agir pour l'intéressé principal : ce rapport juridique est généralement un contrat de mandat, que l'on confond trop souvent avec la procuration, presque toujours elle-même désignée sous ce même nom de «mandat», et au moyen de laquelle le mandant fonde le droit de représentation, c'est-à-dire s'engage d'avance à réaliser en sa personne les effets des actes faits en son nom, comme il le ferait après coup par une ratification : la procuration est comme une ratification anticipée (Höld., p. 362). En tout cas, elle se distingue de l'acte en vertu duquel elle est conférée et qui lui sert de cause; cet acte lui sert de cause en ce sens qu'elle est destinée à en atteindre le but et qu'elle en doit procurer la réalisation. Mais elle n'est pas un simple moyen de le réaliser; elle n'est pas un élément faisant partie d'un acte antérieur. Elle est un acte juridique distinct et, théoriquement, indépendant. Au reste, ce rapport antérieur sur le fondement duquel la procuration peut intervenir n'est pas forcément un mandat; ce peut être un contrat de services (art. 675), ou de société (art. 714), ou tout autre rapport de droit

celui qui doit être fondé de pouvoir, soit envers le tiers à l'égard duquel la représentation doit avoir lieu.

---

analogue (cf. *M.*, 228; Reg., I, § 163 et End., p. 346, note 2). Prise comme telle, la procuration se réalise sous la forme d'une déclaration unilatérale de volonté s'adressant directement à l'intéressé; seulement on considère qu'il y a deux intéressés en cause, celui qui doit agir pour autrui et le tiers avec lequel il doit agir. Aussi l'article 167 permet-il d'adresser la procuration à l'un ou à l'autre; et l'on verra (art. 170 et suiv.) l'intérêt qu'il y ait à ce qu'elle soit adressée au tiers. Mais, dans aucun cas, même adressée au représentant, elle n'a besoin d'être acceptée : ce qui doit être accepté, c'est le mandat, à supposer qu'il s'agisse de mandat, en vertu duquel elle est donnée, et non le pouvoir conféré à raison de ce mandat. Le mandat donne le droit d'agir pour autrui ou dans l'intérêt d'autrui, la procuration confère le pouvoir de représenter autrui. Mais de ce qu'elle doit être déclarée à l'intéressé, il n'en résulte pas qu'elle ne puisse être faite sous forme de déclaration tacite; et, d'autre part, le Code civil (cf. art. 167 et art. 171) distingue nettement la procuration adressée au tiers avec qui l'acte doit être passé et la notification qui lui est faite de l'existence de cette procuration : la première seule constitue l'acte qui confère le pouvoir. Mais l'intérêt pratique de la distinction est peut-être assez mince (cf. art. 171 et *Pr.*, p. 146), et dans la forme il pourrait devenir assez difficile de distinguer le fait de conférer le pouvoir du fait d'en donner notification. Quant à l'étendue de la procuration, elle dépend du contenu de la déclaration qui la réalise; et cela devient une question d'interprétation de volonté. Car précisément, de ce que procuration et mandat, pour prendre ce dernier comme type du rapport juridique antérieur, sont deux actes distincts, il s'ensuit que l'étendue de la procuration peut être très différente de celle du mandat, comme par exemple si, pour éviter toutes difficultés avec le tiers, le mandat était limité par certaines instructions spéciales supprimées dans la procuration. Restera à voir, en dépit de cette indépendance, les conséquences qu'il y ait à tirer du fait que le représentant, tout en restant dans les termes de sa procuration, eût dépassé son mandat (*infra*, § II). Enfin le Code civil a rejeté tout système qui eût consisté à exiger, pour certains actes spéciaux, une procuration spéciale (cf. C. civ. fr., art. 1988, 1989); il s'ensuit qu'une procuration générale, si elle a vraiment cette étendue, d'après les termes de la déclaration, permettra toujours de faire un acte quelconque (cf. C. C^e all., art. 49 et 54).

§ II. De ce que la procuration est un acte juridique distinct de l'acte ou de

La déclaration n'a pas besoin d'être faite en la forme qui pourrait être établie pour l'acte juridique auquel la procuration se réfère.

---

l'état de droit antérieurs qui lui servent de cause, il ne s'ensuit pas, pratiquement, que l'une soit entièrement indépendante de l'autre, témoin les articles 168 et 173; et c'est le rapport de l'une à l'autre qu'il s'agirait d'établir, en dehors des solutions positives déjà données par les textes (art. 168 et art. 170 à 173). Or ce rapport de dépendance doit être précisé, soit en ce qui concerne la validité de la relation juridique sur laquelle se fonde la procuration, soit en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs dont cet état de droit antérieur avait investi le représentant : si cet état de droit est un mandat, il faut se demander ce que devient la procuration s'il est nul, et en second lieu dans quelle mesure vaut la procuration si l'étendue du mandat se trouve être plus restreinte. La question a été souvent posée comme s'il s'agissait de savoir si la procuration était un acte abstrait indépendant de sa cause, ou si elle constituait ce que les Allemands appellent, au contraire, un «acte causal ou concret», dont la validité dépende de l'existence de l'acte qui lui sert de cause; et, à supposer que la conception d'un acte concret doive l'emporter de droit commun, il resterait alors à se demander si le caractère d'acte abstrait ne pourrait pas tout au moins être donné à la procuration, à la volonté de celui qui la confère (Pl., § 167-3, p. 216-217).

§ III. Il est vrai que, de différents côtés, on a répondu à cela que la question était mal posée (Leonh., 317; Zit., *All. T.*, 121); et l'une des raisons qu'on en donnait, peut-être quelque peu insuffisante, était que la distinction entre contrats abstraits et contrats concrets ne devait s'appliquer qu'en matière d'actes impliquant un équivalent et, par suite, une certaine réciprocité, ce qui semblerait, il faut bien le reconnaître, assez peu en harmonie avec les contrats réels d'aliénation, incontestablement de caractère abstrait, bien qu'ils puissent intervenir à titre gratuit. La conception la plus juste relativement à ce délicat problème est peut-être celle exposée par Crome (I, § 104, not. 7), qui reconnaît, conformément aux exigences du droit et de la pratique, l'indépendance absolue, et la séparation nette, entre le rapport interne, celui qui unit le représentant au représenté, et le rapport externe, celui qui unit le représenté au tiers, sans que cette indépendance doive être assimilée à celle résultant pour les actes de disposition patrimoniale du caractère abstrait qui les a détachés de leur cause juridique : ce sont là deux institutions de caractère juridique très différent.

§ IV. Quoi qu'il en soit, Planck est le premier à déclarer que, même à lui reconnaître le caractère abstrait, la procuration pourrait être conditionnée par l'acte qui lui sert de cause, et n'être donnée que sous condition, sous la condition que cet acte soit valable et non révoqué, ce qui expliquerait encore la concordance de ce caractère abstrait avec l'article 168. Et, comme d'autre part, même si l'on admet la dépendance de la procuration par rapport à l'acte qui lui sert de cause, cette dépendance subit, dans tous les cas, de graves dérogations en faveur des tiers de bonne foi (art. 170-172), au moins au cas de révocation, il s'ensuit que l'intérêt pratique de l'idée d'abstraction consisterait surtout dans la mise à l'écart de l'article 173, mise à l'écart au moins partielle, car il ne peut être question de reconnaître les effets de la procuration au profit des tiers même au cas de dol et de mauvaise foi de leur part. Si l'on suppose, par exemple, un mandat à terme ou sous condition, alors que la procuration est pure et simple, ce qui répond assez fréquemment aux besoins du commerce et du crédit, il faut que le tiers, même s'il a connaissance des modalités qui affectent le mandat, puisse être dispensé de rechercher si elles se trouvent ou non accomplies, et que, s'il contracte sur le vu de la procuration, laquelle ne porte pas trace de la modalité, on ne puisse lui objecter après coup qu'il savait la condition non réalisée ou le terme non échu (Pl., 217) : ce que Planck n'accepte que si le caractère abstrait a été spécialement donné à la procuration, n'admettant pas qu'il lui appartienne de droit commun (*contra* Ennec., p. 209). L'intérêt qui s'attache à la question d'indépendance de la procuration, par rapport à l'acte juridique passé entre le représentant et le représenté, ne vise pas seulement, comme pourraient le faire croire les articles 170 à 172, le cas de révocation à l'insu des tiers. Les dispositions des articles 170 à 172 en faveur des tiers de bonne foi ne paraissent bien prévoir, en effet, à les prendre dans leur texte, que le cas de révocation, et non les hypothèses d'inexistence initiale ou de nullité de l'acte antérieur, mandat ou autre, qui sert de cause à la procuration; de telle sorte que, pour étendre ces protections relatives aux tiers au cas où le mandat serait nul ou inexistant, il semblerait que l'on dût prendre parti sur le caractère causal ou abstrait de la procuration (cf. Eck, *Vorträge*, 184, n. 1). Voilà donc tout un nouveau domaine important au sujet duquel se présente l'intérêt pratique de cette question d'indépendance des deux actes. Pour ceux qui se refusent à cette façon de poser le problème, il y a lieu purement et simplement de se demander dans quelle mesure la procuration dépend de sa cause, soit au point de vue de sa validité, soit au point de vue de son étendue.

§ V. La dépendance absolue par rapport à la validité initiale de l'acte qui sert de cause à la procuration pourrait se déduire de l'article 168, qui admet cette dépendance en ce qui concerne la disparition de cet acte antérieur. Cette disparition emportera révocation de plein droit de la procuration. Mais les tiers sont avertis que cette révocabilité est de l'essence de la procuration, de telle sorte que, s'ils la savent accomplie (art. 173), ils ne peuvent plus exciper de la procuration qui avait été conférée, sauf le cas où celle-ci aurait été volontairement soustraite à certaines clauses de révocation ou d'inexistence de l'acte initial, comme si ce dernier eût été sous condition résolutoire et la procuration pure et simple. Mais, en ce qui touche les conditions d'existence de cet acte, s'agissant cette fois de l'existence de l'acte et non plus de sa révocation, rien dans la procuration n'avertit les tiers de cette subordination, et la prétention d'en faire une condition tacite de la procuration serait inacceptable, d'autant que l'article 168 n'établit le rapport de dépendance entre procuration et mandat que relativement aux causes de révocation. Il semblerait donc que la procuration, en principe, dût être valable, malgré le défaut de cause initiale. Resterait le cas d'erreur, comme dans l'exemple qui a été mis en avant d'un individu qui a cru faussement à un contrat de services qui était nul, un héritier, si on le suppose, qui donne procuration à quelqu'un qu'il croit à tort l'employé du défunt; la procuration serait-elle, tout au moins, annulable sur le fondement de l'article 119? Leonhard ne l'admet pas (p. 318); et il semble bien en effet que cette erreur porte uniquement sur la cause de la procuration, et que celle-ci ne fasse pas partie du contenu de l'acte par lequel cette dernière est conférée, et reste par rapport à lui un simple motif. Cette solution expliquerait donc que les articles 170 à 172 ne protègent les tiers de bonne foi que relativement à la révocation de la procuration; car il va de soi qu'il serait bien plus juste encore de les protéger contre les surprises d'une nullité initiale dont, à aucun point de vue, ils ne peuvent se douter. Et cependant, si on n'admet pas la solution qui précède, il faut s'en tenir au texte littéral des articles 170 à 172, et ne soustraire la procuration aux causes d'inexistence du mandat initial que si le caractère abstrait lui a été expressément conféré. La même solution devrait s'imposer également, sans déclaration spéciale, dans l'hypothèse indiquée par Planck d'un mandat subordonné à un terme ou à une condition, alors que la procuration n'en porte pas trace. La tendance est donc, sur ce point particulier des conditions de formation et d'existence du rapport de droit sur le fondement duquel a été conférée la procuration, d'admettre la plus pleine indépendance entre les deux actes dont il est ici question (cf. Crome, § 104, note 9). Mais, bien entendu, toutes ces solutions ne visent

que le cas d'inexistence du mandat, cause antérieure de la procuration, et ne visent pas l'hypothèse où ce serait la procuration elle-même, en tant qu'acte indépendant et distinct, qui fût nulle ou annulable.

§ VI. Leonhard n'admet plus la même indépendance en ce qui touche l'étendue des pouvoirs contenus dans la procuration, renvoyant la protection des tiers aux dispositions des articles 170, 172. Et cependant, l'absence de pouvoirs équivaut sur un point donné à l'inexistence de cause sur ce point; et si le mandant a donné une procuration, par exemple, en l'adressant au tiers (art. 170), plus étendue que le mandat conféré au représentant, c'est qu'il a voulu dispenser le tiers de rechercher s'il y avait concordance entre les deux, et le soustraire, sauf le cas de dol et de mauvaise foi véritable, à l'article 173. D'autre part, les protections des articles 170 à 172 ne visent qu'un pouvoir révoqué, donc diminué après coup, et non plus l'hypothèse d'une disproportion initiale entre les pouvoirs réellement conférés par le mandat et ceux bien plus étendus contenus dans la procuration; de sorte que, si on devait admettre sur ce point une solution différente de celle indiquée plus haut en ce qui touche l'indépendance de la procuration par rapport à la validité du mandat, les protections des articles 170 à 172 se trouveraient faire défaut. On a cité sur tous ces points des passages un peu contradictoires des Travaux préparatoires (*M.*, 229, et *Pr.*, 145; cf. Pl., 216). Mais la contradiction disparaît si l'on remarque que le passage cité du Protocole témoigne de l'intention très ferme de ne plus accepter la confusion commise par les Motifs, et celle par conséquent de mieux marquer l'indépendance entre procuration et mandat.

§ VII. De même que la procuration se distingue du mandat en exécution duquel elle intervient, de même constitue-t-elle, comme on l'a vu (note sur art. 166), un acte essentiellement distinct et indépendant de l'acte passé avec le tiers; et l'on sait déjà l'inconvénient qui peut en résulter, lorsque la procuration a été adressée non au tiers, mais au représentant, et qu'elle résulte d'un dol commis par le tiers avec qui l'acte doit être passé. Aussi Planck propose-t-il, au moins lorsqu'il s'agit d'un acte destiné à faire acquérir un droit au tiers qui fut ainsi l'auteur du dol, d'appliquer l'article 123 al. 2, non pas que la procuration par elle-même fût une cause d'acquisition, mais en ce qu'elle est cependant l'acte en vertu duquel le transfert direct se réalise du patrimoine du représenté dans le patrimoine du tiers, puisque sans elle il n'en serait pas ainsi (art. 177). C'est ce qui arriverait si, au cas d'acte pour autrui sans procuration, l'intéressé principal, celui dont la chose, par exemple, a été vendue et aliénée, donnait sa ratification : cette

Art. 168. L'extinction de la procuration se détermine d'après le rapport juridique sur le fondement duquel elle a été conférée.

---

dernière réaliserait le transport, et si elle était intervenue à la suite d'un dol du tiers acheteur, on pourrait opposer à ce dernier l'article 123 al. 2, et faire annuler l'acte en ce qui le concerne. Pourquoi ne pas en dire autant de la procuration, qui est une ratification anticipée? L'intéressé a grand intérêt en effet à pouvoir faire annuler l'acte, et obtenir une satisfaction réelle plutôt qu'à être réduit aux réparations personnelles en matière de délit (Pl., 217-218). Il faut remarquer enfin que la disposition finale de l'article 167 sur l'exemption de toutes formes solennelles en matière de procuration, même si l'acte à passer en vertu de cette procuration en eût exigé de son côté, n'est que l'application du principe qui vient d'être posé de l'indépendance absolue de ces deux actes juridiques.

Art. 168. § I. L'article 168 consacre, en principe tout au moins, la dépendance de la procuration par rapport à sa cause, en ce qui touche sa révocation, puisque, d'après le texte, les conditions d'extinction de la procuration se déterminent d'après le rapport de droit antérieur qui lui sert de cause. C'est donc d'après l'acte ou le rapport de droit qui lui sert de cause que l'on doit déterminer si elle se trouve révoquée de plein droit par le fait seul que ce rapport juridique aura cessé d'exister, ce qui en effet sera la règle, et si, à l'inverse, elle ne doit pas être considérée comme étant révoquée par suite de circonstances ou d'événements autres que la cessation du rapport juridique qui lui sert de cause. On a vu par quelles raisons s'explique cette dépendance juridique en ce qui touche l'extinction de la procuration, raisons qui ne sont plus exactement les mêmes en ce qui concerne sa validité initiale (art. 167, note § V). Mais du rapprochement des deux actes doit également se déterminer dans quelle mesure se réalise cette dépendance quant à la disparition de la procuration; et c'est ce qu'implique l'article 168 lui-même, qui ne dit pas d'une façon absolue que la procuration tombe toutes les fois que le rapport antérieur vient à disparaître, mais que la disparition de la procuration se détermine d'après ce rapport lui-même; de sorte que, si la procuration intentionnellement ne faisait pas mention des modalités même résolutoires qui pussent mettre fin à sa cause juridique, il faudrait en conclure qu'elle en est indépendante; et il serait inutile de se demander, dans ce cas, si on a voulu ou non lui donner le caractère abstrait. Mais il n'en est plus de

Tant que ce rapport juridique continue d'exister, la procuration est encore révocable, en tant que de ce rapport lui-même ne

---

même si la procuration ne révèle pas l'intention de se dégager des causes d'extinction du rapport qui la détermine ; pour lui attribuer une valeur susceptible de survivre à cette extinction, il faudrait en effet que celui de qui elle émane en ait laissé apparaître l'intention formelle; et il est libre de le faire, dans la mesure toutefois où cette mise à l'écart de la disposition de l'article 173, puisque c'est à peu près à cela que tout revient, ne constituerait pas une consécration anticipée de la fraude et de la mauvaise foi (art. 167 et la note). C'est ce que Planck appelle «donner à la procuration le caractère abstrait qu'elle ne possède pas de plein droit». D'après ce qui a été dit en note sur l'article 167, cette déclaration spéciale d'abstraction ne serait pas nécessaire pour rendre la procuration indépendante des causes d'inexistence ou de nullité du mandat sur lequel elle repose, bien que ce point soit lui-même, on l'a vu, assez contesté; mais elle le deviendrait pour la rendre indépendante des causes de révocation, en tant du moins que cette indépendance ne ressortirait pas de la comparaison de la procuration et du rapport initial qui lui sert de cause. Donc, en règle générale, la procuration tombera avec le rapport juridique qui lui sert de cause, s'il s'agit de mandat, conformément aux articles 671 à 674; de contrat de services, conformément à l'article 675 ; de société, conformément aux articles 712, 715, 723 à 729, 736 et 737.

§ II. Mais, en dehors de cette révocation de plein droit, la procuration est toujours révocable au gré de celui de qui elle émane, sans qu'il soit besoin pour cela que le rapport juridique qui lui sert de cause tombe avec elle. Et l'on a eu surtout en vue le cas du contrat de services, pendant la durée duquel on comprend très bien que des pouvoirs soient conférés et retirés sans que le contrat cesse par le fait même. Seulement on a pris soin, dans le second Projet, de prévoir et d'admettre des exceptions à la révocabilité, pour le cas par exemple où la procuration fût dans l'intérêt du fondé de pouvoir. On a cité le cas (*Pr.*, 144-145) d'un créancier hypothécaire qui ait reçu pouvoir de toucher les loyers ou fermages d'immeubles hypothéqués en vue de les imputer sur les intérêts de sa créance, à quoi Planck (219) ajoute l'exemple de l'article 1189, tout en faisant observer que cette exception à la révocabilité n'est pas forcément conventionnelle, mais qu'elle peut résulter de l'intention purement unilatérale de celui qui confère la procuration, et

résulte pas une solution différente. Pour ce qui est de la déclaration de révocation, il y a lieu de faire application correspondante de la disposition de l'article 167 al. 1.

Art. 169. Lorsque, d'après les articles 674, 729, la procuration d'un mandataire ou d'un associé gérant, bien qu'éteinte en soi, est réputée subsister, elle cesse d'avoir effet au profit d'un tiers qui, au moment de l'acte auquel il est procédé, connaissait ou aurait dû nécessairement connaître qu'elle était éteinte.

---

qu'elle peut s'induire des rapports préexistants entre les parties. Mais il considère que, si la procuration avait été donnée sous forme abstraite, les tiers, ou peut-être même le fondé de pouvoir, ne pourraient jamais opposer la cause juridique de la procuration pour en déduire l'irrévocabilité, pas plus qu'on ne pourrait l'invoquer contre eux pour en faire résulter la révocation de plein droit de la procuration : la révocabilité serait donc toujours absolue en pareil cas, et le droit de révocation serait l'arme nécessaire qui restât aux mains du représenté, lorsque la cessation du rapport en vertu duquel il avait donné procuration ne peut plus lui servir de moyen de défense contre les tiers qui invoqueraient contre lui les effets d'une procuration antérieure.

Art. 169. L'article 169 vise certains cas où, dans l'intérêt du mandataire, le mandat, éteint préalablement et révoqué à son insu, continue à subsister au point de vue des droits et obligations qu'il comportait à son égard ; le mandat étant censé subsister, la procuration, en vertu même de l'article 168, se trouve maintenue par le fait même, et dans les mêmes conditions. Il fallait bien en effet, si l'on voulait pourvoir à la sécurité du mandataire de bonne foi, que l'on maintînt, fictivement au moins, ses pouvoirs de représentation, de telle sorte que les effets de l'acte dussent encore se réaliser en la personne de l'intéressé principal. Voilà pourquoi, bien que les articles 674 et 729 ne parlent que du maintien du mandat ou de la gérance sociale, l'article 169 a pu légitimement parler du maintien de la procuration, en dépit de l'événement qui l'avait révoquée. Or cette procuration n'est maintenue que dans l'intérêt du mandataire, pour lui éviter la responsabilité qu'il aurait à encourir du chef de l'article 179, si l'acte passé avec un tiers n'était plus susceptible d'être invoqué à l'égard du mandant. Mais, comme dit Planck, cet intérêt du man-

Art. 170. Si la procuration est conférée par déclaration envers un tiers, à l'égard de celui-ci elle garde sa valeur tant qu'il ne lui

---

dataire est hors de cause lorsque le tiers a traité sachant la procuration révoquée, puisque, dans ce cas, il ne pourrait plus se prévaloir de l'article 179. Si donc on avait encore maintenu en sa faveur la procuration, elle se serait trouvée maintenue uniquement au profit d'un tiers de mauvaise foi, ou tout au moins qui est en faute d'avoir ignoré ce qu'il devait connaître (cf. note sur art. 122). De là l'exception apportée à l'article 168. Bien que la cause servant de titre à la procuration soit censée subsister, la procuration tombe en ce sens que le tiers, par cela même qu'il est de mauvaise foi ou en faute, n'a plus le droit d'en invoquer les effets ; mais, comme les deux choses sont indépendantes, cela ne veut pas dire, tant s'en faut, que le mandat ou la gérance de société cessent de subsister fictivement au profit du mandataire ou du gérant qui continuent à ignorer leur révocation ; et ce maintien est important, pour ce qui est d'eux, au point de vue des droits qui dérivent du mandat ou de ce pouvoir de gestion sociale, en dehors de toute question relative à l'effet des actes passés avec le tiers. Même application, du reste, par analogie, au cas de l'article 675 (cf. Pl., 220-221).

Art. 170. § I. L'article 170 consacre le principe, admis par toutes les législations (cf. C. civ. fr., art. 2008 et 2009), du maintien de la procuration au profit des tiers de bonne foi, pour le cas de révocation survenue à leur insu ; l'article 170 admet cette protection pour tous les cas de révocation, ou plutôt d'extinction de la procuration quelle que soit la cause de cette dernière (cf. art. 120 P[1] et *Pr.* 148). Seulement, on verra que cette protection est sensiblement atténuée par le fait de l'article 173, qui met sur le même pied la mauvaise foi et l'ignorance imputable à faute. C'est donc pour échapper à la responsabilité de l'ignorance susceptible d'être imputable à faute que le fait de donner à la procuration le caractère abstrait dont parle Planck peut être utile, par rapport aux causes de révocation. En ce qui touche les causes de nullité ou d'inexistence initiale, Planck croit le même caractère indispensable pour protéger même les tiers de bonne foi, et leur appliquer l'article 170. On a vu (art. 167, en note) que cette opinion est fort contestable, et que, par rapport aux causes de déchéance résultant de la nullité ou de l'inexistence de l'acte initial, la protection de l'article 170 existait de plein droit, en vertu même de l'indépendance donnée par l'article 167 aux

a pas été donné avis par l'auteur de la procuration du fait de son extinction.

Art. 171. Si quelqu'un, par voie de communication spéciale faite à un tiers ou par voie de publication sous forme d'annonce

---

deux actes distincts que constituent le mandat, d'une part, et la procuration de l'autre.

§ II. On avait parfois proposé de faire exception aux dispositions protectrices des tiers de bonne foi pour le cas où, le représenté tombant en faillite, le mandat qu'il avait confié tombe par le fait même, ainsi que les pouvoirs qu'il avait pu donner sur le fondement d'un contrat de services ou d'emploi, auxquels cas la procuration se trouve également révoquée d'après l'article 168 (art. 23, *Konk. Ordn.*). Mais on a fait remarquer que les effets de la procuration devant se réaliser, en vertu même de l'article 170, dans la personne du représenté, l'acte fait en son nom ne peut pas avoir plus d'efficacité que celui qu'il aurait fait lui-même; de sorte que les créanciers de la faillite seront suffisamment protégés par l'article 7 de la loi des faillites (*Konk. Ordn.*), et il n'y avait plus de raison en ce cas de faire exception à l'article 170 (*Pr.*, 149).

Art. 171. On a cru devoir distinguer l'annonce faite à un tiers d'une procuration déjà conférée de la procuration elle-même, en tant qu'elle est adressée au tiers avec lequel l'acte doit être passé; distinction à peu près toute théorique, puisqu'on attache à cette communication faite au tiers les mêmes effets que si c'était la procuration elle-même qui fût donnée sous cette forme, et que si la communication se trouvait différer de la procuration, telle que celle-ci avait été conférée au représentant, vis-à-vis du tiers ce serait la communication qui l'emporterait, sauf les difficultés déjà exposées sur l'article 167 en ce qui touche les rapports de dépendance à établir avec l'acte antérieur qui lui sert de cause; de sorte que le seul intérêt pratique se révélerait peut-être pour le cas où la notification ainsi faite laisserait entendre que le tiers devrait se reporter à la procuration, ou se la faire présenter, pour avoir connaissance exacte des pouvoirs appartenant au représentant et de leur étendue. Enfin on a pu se demander si cette notification était bien un acte juridique ou un simple fait juridique; mais comme, même dans ce dernier cas, tout le monde est d'accord pour lui appliquer les dispositions relatives aux incapacités (art. 104-115) et celles sur les vices de la volonté

publique, a fait savoir qu'il a fondé de pouvoir une autre personne, celle-ci se trouve autorisée à le représenter, à l'égard du tiers dans le premier cas, et à l'égard d'un tiers quelconque dans le second, conformément, dans l'une et l'autre hypothèse, à l'information qui en avait été donnée.

Le pouvoir de représentation persiste jusqu'à ce que l'information qui en avait été donnée soit révoquée sous une forme identique à celle sous laquelle elle avait eu lieu.

Art. 172. Il faut assimiler à la communication spéciale, faite par l'auteur de la procuration, d'une collation de pouvoirs émanant

---

(art. 116-123), la distinction risque fort de rester presque purement nominale. Quoi qu'il en soit, du moment qu'on distinguait procuration adressée au tiers et notification faite au tiers d'une procuration déjà donnée, il fallait renouveler pour la notification ce que l'article 170 venait d'établir pour la procuration (*Pr.*, 146). Quant à la révocation de cette notification, soit postérieure, soit publique, c'est une véritable déclaration de volonté à laquelle s'appliquent les articles 130 et 131 : à la lettre, si la révocation doit s'adresser au tiers qui avait reçu information de la procuration; et dans leur esprit, si elle se fait par voie d'annonce publique comme l'avis antérieur qu'elle annule. Dans ce dernier cas, comme dans le premier, la révocation ainsi publiée suffit à faire tomber les pouvoirs de représentation même vis-à-vis des tiers qui auraient traité avec le représentant sans avoir eu connaissance de l'avis de révocation. On n'a pas cru devoir introduire en ce cas, au profit des tiers de bonne foi, une extension du principe de l'article 170, ni une disposition analogue à celle de l'article 46 (A. C. C^ce^), admise d'ailleurs comme principe général par l'article 15 al. 2 du nouveau Code de commerce.

Art. 172. § I. La protection de l'article 170 pour le cas de révocation, de même que celles admises déjà par certains systèmes pour le cas d'inexistence initiale de l'acte qui serve de cause à la procuration (art. 167 et la note), supposent en principe la procuration adressée au tiers, ou communication à lui notifiée de cette procuration; mais il fallait prévoir le cas où la procuration eût été adressée et déclarée au représentant. Dans ce cas, si la déclaration est purement orale, et à plus forte raison si elle est tacite, le tiers qui se fierait purement et simplement, et il faudrait bien qu'il en fût ainsi, aux affirmations

de lui, le fait que ce dernier ait remis en mains au représentant un titre de procuration et que le représentant le produise au tiers.

---

de celui qui se prétendrait représentant pour autrui, courrait tous les risques de la situation; les articles 170 et 171 ne s'appliqueraient plus. Mais si, au contraire, à la procuration se joint la remise d'un titre écrit qui la constate, la remise de ce titre est considérée comme une notification émanant de l'auteur de la procuration et adressée au tiers par l'intermédiaire du représentant pour lui faire connaître la procuration. Cela équivaut à la communication de l'article 171; de sorte que la remise du titre n'est pas l'acte qui confère les pouvoirs au représentant, mais l'acte qui les notifie aux tiers intéressés : c'est un second acte ou fait juridique en quelque sorte distinct et susceptible d'être apprécié séparément en ce qui touche les questions de capacité et de vices de la volonté : de même, si le titre écrit différait de la procuration, du moins telle qu'elle avait été donnée, par exemple sous forme de déclaration orale antérieure, il y aurait lieu d'appliquer ce qui a été dit (art. 171 et la note) du défaut de concordance entre procuration et notification de la procuration. Même lorsque la remise des pouvoirs s'identifie avec la remise du titre, encore est-il important de distinguer les deux choses, non plus en ce qui concerne les causes de nullité de nature à se réaliser dans la personne de celui qui confère la procuration, mais en ce qui touche les faits qui fussent à prendre en considération dans la personne à qui s'adresse la déclaration; car les déclarations incluses en pareil cas dans un seul et même acte ne s'adresseraient pas aux mêmes personnes. Celle par laquelle se donne la procuration s'adresse au représentant, et celle réalisée par la remise du titre, et qui n'est qu'une notification dont on charge le représentant, s'adresse au tiers; si donc c'est à la suite de manœuvres dolosives commises par un tiers que la procuration a été donnée, celle-ci est annulable si le représentant a connu ou dû connaître le dol, mais la notification faite au tiers par son intermédiaire, pour le cas où il se servirait du titre qui lui a été remis, resterait valable et produirait les effets prévus à l'article 171, du moment que celui à qui on le présente ignore le dol commis (Pl., § 172, 223).

§ II. Une fois le titre de procuration présenté au tiers, il vaut à son égard, sans qu'on ait à le lui produire à nouveau pour chacun des actes postérieurs, tant que ce titre n'a pas été annulé dans des conditions qui en rendent l'annulation valable à l'égard du tiers (art. 176), ou qu'il n'a pas été retiré au représentant et restitué à celui qui l'avait remis. Il n'y a d'exception que pour

Le pouvoir de représentation subsiste jusqu'à ce que le titre de procuration ait été restitué ou déclaré invalidé.

Art. 173. Les dispositions de l'article 170, de l'article 171 al. 2 et de l'article 172 al. 2 ne reçoivent aucune application lorsque le tiers, au moment où il est procédé à l'acte juridique, connaissait ou aurait dû nécessairement connaître (1) l'extinction du pouvoir de représentation (2).

---

le cas où il y aurait eu révocation du mandat sans que la procuration ait été retirée au mandataire, si le tiers en a eu connaissance (art. 173). On avait pu croire, au cas de retrait de la procuration, lorsque celle-ci aurait été une première fois présentée à un tiers, qu'à l'égard de ce dernier l'auteur de la procuration aurait dû faire connaître ce retrait du titre, ou tout au moins que ce retrait n'ait été opposable au tiers que si celui-ci l'avait connu ou dû connaître (Cf. *M.*, 239). C'eût été exiger de l'auteur de la procuration des recherches souvent impossibles, alors que le tiers, même quand il a déjà une première fois contracté sur le vu d'une procuration, a un moyen très simple de s'assurer qu'elle vaut encore, c'est de se la faire présenter à nouveau (*Pr.*, 149).

Art. 173. (1) Cf. art. 122.

(2) § 1. La disposition de l'article 173 est la conséquence du principe de l'article 168. On aurait pu se demander seulement si ce n'était pas une grave atteinte au crédit que d'exiger des tiers qu'ils s'appliquent à rechercher si la procuration est encore valable, de telle sorte qu'on pût leur opposer leur négligence à cet égard. Aussi est-ce pour les soustraire à cette responsabilité relative à la faute, et non pas sans doute à celle relative à la mauvaise foi, — car dans aucun cas le tiers qui a su les pouvoirs expirés ne pourrait se prévaloir encore de la procuration qui lui a été adressée ou notifiée, — que Planck permet à l'auteur de la procuration de donner à cette dernière un caractère purement abstrait, qui la rende indépendante de sa cause. Il a pu sembler (art. 167, à la note) que cette disposition spéciale n'était plus nécessaire lorsque le défaut de concordance entre la procuration et le mandat, comme si ce dernier, par exemple, était affecté d'une cause spéciale de résolution et que la procuration fût pure et simple, marquait l'intention certaine de dispenser les tiers de s'assurer de la réalisation des clauses résolutoires

Art. 174. Un acte juridique unilatéral qu'un fondé de pouvoir accomplit envers un autre est inefficace, si le fondé de pouvoir ne produit pas un titre de procuration et que l'autre partie, sur ce motif, repousse l'acte sans retard (1). Le droit de repousser l'acte

---

autres que celles du droit commun. Quant à l'application possible de l'article 173 au cas où il s'agit non plus de révocation, mais d'inexistence du mandat ou de défaut de concordance dans l'étendue des pouvoirs qui s'y réfèrent, elle dépend de la question déjà examinée de savoir si les protections des articles 170 et suivants s'appliquent ou non à cette hypothèse; car si elles ne s'y appliquent pas, il est inutile de réserver la responsabilité des tiers pour les cas de faute ou de mauvaise foi, puisqu'elle serait toujours engagée, même s'ils sont de bonne foi. Ils courraient toujours le risque d'un mandat inexistant ou dont les pouvoirs fussent moins étendus que ceux indiqués dans la procuration. Si, au contraire, on croit devoir appliquer les protections des articles 170 à 172 à ces hypothèses autres que celles de la révocation, il pourra paraître assez naturel de les accepter avec le correctif en quelque sorte indispensable qui s'y relie, et que contient l'article 173 (cf. Eck, *Vorträge*, p. 188).

§ II. Pour ce qui est de la question de bonne foi, ce n'est pas douteux; dans aucun cas, l'inexistence du mandat ou des pouvoirs dont on se prévaut ne serait inopposable au tiers qui l'aurait connue. Mais, pour ce qui est du défaut de connaissance imputable à faute, il faut au moins faire la distinction déjà indiquée, suivant que le défaut de concordance entre la procuration et le mandat révèle ou non l'intention de ne pas obliger les tiers à vérifier les circonstances spéciales relatives au mandat; celui-ci peut être conditionnel ou à terme, et la procuration pure et simple, ou encore les pouvoirs de cette dernière plus étendus que ceux du mandat, en ce sens que certaines restrictions contenues dans le mandat n'auraient pas été reproduites dans la procuration : il serait inutile, pour soustraire les tiers aux dangers de leur ignorance fautive, de donner à la procuration un caractère abstrait. Cette disposition spéciale ne serait nécessaire que pour leur épargner ce souci en ce qui touche la vérification de l'existence ou de la validité du mandat, en tant qu'il ne s'agit plus de modalités particulières dérogatoires du droit commun (art. 167 à 170 et les notes).

Art. 174. (1) Cf. art. 121.

est exclu, si l'auteur de la procuration a fait connaître à l'autre partie la collation de pouvoir émanant de lui (2).

Art. 175. Après extinction de la procuration, le fondé de pouvoir est tenu de restituer le titre de procuration à l'auteur de la procuration; il n'a de ce chef aucun droit de rétention.

Art. 176. L'auteur de la procuration peut, par voie de publication faite sous forme d'annonce publique, déclarer invalidé le titre de procuration; la déclaration d'invalidation doit nécessairement (1) être rendue publique conformément aux règles du Code de procédure civile établies pour la signification publique d'une citation. Après expiration du délai d'un mois à compter de la dernière insertion dans les feuilles publiques, la déclaration d'invalidation reçoit son plein effet.

---

(2) La disposition de l'article 174 correspond à celle de l'article 111; s'agissant d'actes unilatéraux que le tiers n'ait pas à accepter, celui-ci n'avait pas, comme en matière de contrats, s'il a des doutes sur l'existence de la procuration et qu'on ne la lui produise pas, la ressource de se refuser à accepter. Aussi lui donne-t-on celle de repousser l'acte et de se refuser à le recevoir, pourvu que ce refus intervienne sans retard; et l'on a vu sur l'article 121 la valeur technique de cette expression. Il s'ensuit que ce refus pourrait intervenir encore valablement même après la réception une fois acquise au sens de l'article 130, puisqu'elle peut être réalisée à l'insu de l'intéressé. Pour que ce refus produise l'effet que lui attribue l'article 174, il faut qu'il se fonde sur le défaut de présentation d'un titre de procuration; et alors, s'il a lieu sur ce fondement et qu'il se soit produit à temps, l'acte est sans effet par rapport au tiers à qui il avait été adressé, même s'il y avait eu réellement procuration. La seule exception à cette dernière disposition se présenterait si l'auteur de la procuration eût lui-même directement fait connaître l'existence de la procuration au tiers intéressé.

Art. 175. La disposition de l'article 175 s'explique d'elle-même, surtout par les effets attribués par l'article 172 à la remise d'un titre de procuration.

Art. 176. (1) Cf. art. 56.

Pour le consentement relatif à ce mode de publicité est compétent, tout aussi bien le tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'auteur de la procuration a son domicile général de compétence, que le tribunal de bailliage qui, indépendamment de toute considération relative à la valeur de l'objet du litige, aurait été compétent pour l'action en restitution du titre.

La déclaration d'invalidation est sans effet lorsque l'auteur de la procuration ne peut révoquer la procuration (2).

Art. 177. Si quelqu'un sans pouvoir de représentation conclut

---

(2) La procédure organisée par l'article 176 est nécessaire pour le cas visé par l'article 172 : la remise du titre vaut notification à l'égard du tiers de l'existence de la procuration ; mais comme elle a cette valeur à l'égard de tous les tiers vis-à-vis desquels le représentant se servira de son titre de procuration, elle équivaut à une notification à personne incertaine. Pour annuler cette notification, il fallait forcément que la révocation fût faite par voie d'annonce publique. Seulement il s'agit encore d'une déclaration émanant de l'auteur de la procuration, et non d'une annulation prononcée par le tribunal; aussi n'est-il pas nécessaire que celui qui fait cette déclaration justifie d'une cause de révocation antérieure : sa déclaration vaut révocation, elle est assimilée à une révocation; et voilà pourquoi elle n'est permise que là où la révocation était possible (cf. art. 168). La procédure visée par le texte est celle de l'article 204 du Code de procédure civile. La compétence du tribunal correspondant au domicile judiciaire de l'auteur de la procuration est fixée par les articles 13 et 15 à 19 du Code de procédure civile; et celle du tribunal qualifié pour recevoir l'action en retrait du titre de procuration se détermine en général par le domicile judiciaire du fondé de pouvoirs, sauf dérogation spéciale (art. 21-23, 29-31, C. Pr. all.).

Art. 177. L'article 177 traite des effets, à l'égard du représenté, d'un contrat conclu en son nom sans pouvoir valable; ces effets sont exactement les mêmes que ceux d'un contrat passé par un mineur sans autorisation de son représentant légal; aussi n'y a-t-il qu'à se reporter aux explications données sur l'article 108; peu importe, d'ailleurs, pour l'application de l'art. 177, que les intéressés aient connu ou non l'absence de pouvoir valable (cf. art. 178).

un contrat au nom d'un autre, l'efficacité du contrat, pour et contre le représenté, dépend de l'approbation de ce dernier.

Si l'autre partie invite le représenté à faire sa déclaration au sujet de l'approbation, cette déclaration ne peut être faite qu'envers elle; toute approbation ou tout refus d'approbation déclarés envers le représenté avant cette invitation deviennent inefficaces. L'approbation ne peut être déclarée que jusqu'à l'expiration d'un délai de deux semaines à partir de la réception de l'invitation; si elle n'est pas déclarée, elle est réputée refusée.

Art. 178. Jusqu'à l'approbation du contrat, l'autre partie a le droit de révocation, à moins que, au moment de la conclusion du contrat, elle ait connu le défaut de pouvoir de représentation. La révocation peut aussi être déclarée envers le représentant.

Art. 179. Quiconque a conclu un contrat en qualité de repré-

Art. 178. L'article 178 correspond à l'article 109 et s'explique par les mêmes motifs. Dans ce cas, le tiers sait toujours que celui avec qui il traite et qui se présente au nom d'autrui a besoin de pouvoir; et, d'autre part, celui-ci a forcément affirmé qu'il avait des pouvoirs suffisants. Aussi n'y avait-il plus à introduire dans le texte de distinctions correspondant à celles de l'article 109 pour le cas de contrats passés avec un mineur. Dans le cas de l'article 178, le tiers devait toujours avoir le droit de révocation, sauf dans l'hypothèse où il aurait connu le défaut de pouvoir. Si le tiers veut alléguer par suite l'inefficacité du contrat, il n'a qu'à prouver qu'il avait usé de son droit de révocation; et c'est au représenté, s'il se prévaut de la validité, à établir que le tiers n'avait pas eu le droit de révoquer, soit parce que le contrat avait déjà été ratifié, soit parce que le tiers connaissait en contractant le défaut de pouvoir et que, par suite, il s'est soumis à attendre la décision de l'intéressé principal, sans se réserver de rompre le contrat (Pl., § 178).

Art. 179, § I. L'article 179 tranche, conformément aux principes généraux déjà admis par les articles 55 et 298 de l'ancien Code de commerce, la question de savoir quels seraient, à l'égard de celui qui s'est présenté comme agissant en qualité de représentant pour autrui, les effets d'un contrat, et il faut prendre

sentant, s'il ne fait pas la preuve de son pouvoir de représentation, est obligé envers l'autre partie, et au choix de cette dernière, soit

---

ici le mot contrat au sens spécial du mot par opposition aux actes unilatéraux (art. 180), conclu sans pouvoir de représentation, et, par suite, la question de savoir quelle serait la responsabilité qu'il encourrait de ce chef. Trois situations, en effet, ont pu se présenter. Ou bien il a su qu'il agissait sans pouvoirs, mais il espérait obtenir ratification, et le tiers a connu cette situation, ce qui serait le cas ordinaire de la gestion d'affaires; ou bien, tout en ayant conscience de son défaut de pouvoir, il l'a laissé ignorer au tiers, soit de mauvaise foi pour le tromper, soit de bonne foi, dans la conviction de voir l'acte ratifié; enfin il a pu croire qu'il avait un pouvoir valable, alors que celui-ci, sans qu'il en eût conscience, était nul ou annulable; et encore pourrait-on distinguer si le tiers a ou non partagé son erreur, ou plutôt s'il a été à même de faire les mêmes vérifications que lui au sujet de la validité de la procuration, vérifications qu'il n'eût pas faites ou qui eussent abouti à la même erreur en ce qui touche cette validité. Et, d'ailleurs, il faut remarquer que, soit dans le texte lui-même, soit dans les exemples des Travaux préparatoires, lorsqu'on prévoit cette troisième hypothèse, on suppose toujours la procuration nulle ou annulable en elle-même, et non par contre-coup, à raison de l'inexistence du mandat ou de la cause qui la justifie. Et l'on sait, en effet, grâce à l'indépendance respective de ces deux actes, que, s'il est douteux que la procuration tombe par suite de l'inexistence de cause, il est certain qu'elle constitue elle-même un acte juridique spécial et distinct, se faisant par déclaration unilatérale de volonté, et qui peut être soumis à toutes les causes de nullité ou d'annulabilité des actes juridiques (art. 167 et la note). Or on verra en étudiant les exceptions au principe de responsabilité de l'article 179 que celle-ci n'est engagée que dans les deux dernières des situations prévues, celles où le tiers a ignoré le défaut de pouvoir : quant à l'erreur dans laquelle pût se trouver le représentant lui-même quant à la validité de ses propres pouvoirs, elle ne devra être prise en considération que pour ce qui est de l'étendue de sa responsabilité et le montant des dommages-intérêts qui peuvent lui être imposés.

§ II. Le principe de cette responsabilité consiste de droit commun en ce que le tiers peut exiger, à son choix, ou l'exécution ou la réparation complète du dommage sous forme d'indemnité. Cela signifie qu'il peut obliger le représentant, c'est-à-dire, une fois pour toutes, celui qui s'est présenté comme tel,

à exécuter lui-même soit à fournir réparation de dommage, lorsque le représenté refuse de donner son approbation au contrat.

à exécuter lui-même, comme s'il eût contracté en son nom. Et, bien entendu, si celui-ci n'exécute pas, par exemple parce que par rapport à lui la prestation est impossible ou trop difficile à réaliser (art. 251 al. 2), — et alors même qu'il y aurait impossibilité initiale à ce que cette prestation fût exécutée par lui, il y a toujours faute de sa part (cf. art. 280 suiv.), — le créancier peut demander des dommages-intérêts, comme dans certains cas d'ailleurs il aurait pu le faire dès le principe (art. 249 *in fine*), sans s'attarder à demander l'exécution. Mais, du moment qu'il a choisi l'exécution par le représentant, ces dommages-intérêts représenteront l'intérêt qu'il aurait eu à ce que le contrat fût exécuté par ce dernier, sans prendre en considération les effets et profits qui en fussent résultés pour lui s'il se fût réalisé, comme ce devait être, dans la personne du représenté. S'il choisit, au contraire, la réparation sous forme d'indemnité, ce ne peut plus être une réparation calculée comme celle dont il vient d'être question, puisqu'elle serait déjà la conséquence pure et simple du droit à l'exécution directe, mais ce ne peut être que la réparation du dommage dérivant pour lui de ce que le contrat n'est pas exécuté par le représenté, de sorte qu'il faut calculer tout le bénéfice qu'il aurait eu à cette exécution par le représenté, en y comprenant la perte subie et le gain manqué (art. 252). La différence peut parfois être très importante, suivant que l'on suppose le contrat exécuté par l'un ou par l'autre. Quant au choix donné au tiers relativement à l'un ou l'autre de ces deux modes de réparation, il est vraisemblable que, pour savoir sous quelle forme et de quelle façon il sera devenu définitif, il faudra se reporter aux principes admis en matière de dettes alternatives (art. 262-265), quoique la question ait pu paraître sujette à controverse (Pl., 227-228).

§ III. L'étendue de cette responsabilité, au moins pour une hypothèse, a subi un changement profond dans la seconde rédaction, par rapport à la première (art. 125 P[1]) et par rapport aux principes du Code de commerce (art. 55 A. C. C[es]). C'est pour le cas où le représentant ignorait le défaut de pouvoir, que sa procuration ait été, à son insu, nulle ou annulable, peu importe. On fit remarquer que le fondement de sa responsabilité ne pouvait être un engagement de garantie tacite : il s'est cru suffisamment et valablement accrédité. Ce ne peut être qu'une acceptation éventuelle des risques, analogue à celle qui pèse sur quiconque contracte avec autrui, de

Si le représentant n'a pas connu le défaut de pouvoir de représentation, il est obligé seulement à la réparation du dommage résul-

---

telle sorte qu'il doive porter le risque de sa propre erreur, même indépendamment de toute faute de sa part (art. 122). Et alors la responsabilité des risques ne peut porter que sur l'intérêt négatif que l'autre partie aurait eu à ne pas contracter dans les conditions où elle a contracté (art. 122); ce ne peut plus être l'intérêt positif d'exécution (*Pr.*, 159). De là l'admission, pour le cas d'erreur du représentant, d'un procédé de calcul, en ce qui touche le cas où le choix a porté sur les dommages-intérêts, très différent de celui qui constitue le principe de droit commun. Il faudra calculer uniquement le dommage résultant pour l'autre partie de ce qu'elle a eu foi dans la qualité sous laquelle se présentait celui qui a contracté avec elle; celui-ci lui doit uniquement réparation de ce fait que la procuration était inexistante ou nulle et qu'il n'y a pas eu ratification ultérieure. Peut-être pourrait-on également soutenir, en vertu de l'article 249, que le tiers, pouvant exiger la réparation en nature, doit prendre en considération le dommage provenant pour lui de ce que ce contrat ne se réalise pas dans la personne du représenté. Cela équivaudrait donc, si on veut être logique, à demander réparation pour tout le bénéfice qu'il aurait eu si le représenté eût exécuté le contrat, ce qui revient exactement à la mesure d'indemnité imposée au représentant de mauvaise foi; mais cette solution serait absolument contraire au but expressément voulu et indiqué par la Commission, à moins peut-être qu'on voulût en retirer le gain manqué (art. 252). Ce qu'il faut dire c'est que la réparation en nature est impossible *ab initio*, puisqu'elle consisterait dans la réalisation du contrat dans la personne du représenté, et impossible sans la faute du représentant; dès lors l'article 249 est hors de cause : par son choix (art. 179), le tiers a limité son droit à une indemnité représentant l'intérêt purement négatif; il a exclu, par suite, l'application de l'article 249, et le dommage qu'il subit par le fait d'avoir cru à la qualité du représentant consiste en ce que l'exécution du contrat ne peut plus être demandée qu'à celui-ci et que ce dernier ne peut pas exécuter. Il est vrai que, dans ce cas, le tiers aurait pu conclure à l'exécution directe et, si elle n'a pas lieu, obtenir une indemnité qui se trouverait alors être la même que celle à laquelle il aura droit en optant pour les dommages-intérêts. Le créancier, cependant, y gagnerait encore d'échapper aux incertitudes pouvant résulter de l'option laissée au débiteur entre l'exécution en nature et l'exécution en argent (cf. art. 249

tant pour l'autre partie de ce qu'elle a cru à l'existence d'un pouvoir de représentation, sans cependant que le montant de l'indemnité

---

et 251 al. 2), de même qu'il n'aurait pas à subir les conditions de constatation de l'impossibilité en matière d'exécution en nature (art. 280 et suiv.). D'autre part, ayant opté pour la réparation en argent, il ne peut réclamer que la valeur de ce que lui eût rapporté l'exécution directe par le représentant, prise dans sa réalisation matérielle, et sans y comprendre le gain manqué. Ce dernier entre au contraire en considération, si, l'exécution par le représentant étant possible, le tiers opte pour elle, et qu'elle ne devienne impossible après coup que par la faute de celui qui la devait (art. 280 et 252). Mais il faut bien reconnaître que la solution admise par la loi en ce qui touche l'intérêt négatif sera surtout utile pour les cas où l'exécution en nature *ab initio* serait impossible de la part du représentant, auquel cas on ne pourrait plus dire, puisqu'il est de bonne foi, que cette impossibilité lui est imputable à faute. Il serait déchargé, dans ce cas, de toute obligation d'indemnité susceptible de représenter l'intérêt positif d'une exécution directe faite par lui (art. 280). Le dommage résultant alors pour le tiers de ce qu'il a contracté avec un représentant consisterait donc, non seulement à ne pouvoir obtenir l'exécution que de celui-ci, mais même à ne pouvoir plus l'obtenir de lui, ce qui équivaut à ce qui se passerait s'il eût conclu un contrat nul ou annulable, qui ne dût être exécuté par personne, comme au cas des articles 122 et 307; et alors, dans ce cas, l'intérêt négatif de l'article 179 sera exactement le même que dans ces deux dernières hypothèses. Ce sera même la seule alternative pratique des deux options laissées au tiers; aussi faudra-t-il admettre que, s'il eût opté pour l'exécution principale dans l'erreur où il était de l'impossibilité d'exécution personnelle de la part du représentant, il pourrait toujours revenir à la réparation sous forme d'intérêt négatif. Ce sera, d'ailleurs, le cas ordinaire, si le contrat conclu par représentant était un contrat de disposition ou d'aliénation d'un droit appartenant au représenté, puisqu'il y aurait alors impossibilité initiale pour le représentant de transférer ce qui ne lui appartient pas.

§ IV. Ce droit à réparation, sous l'une des deux formes laissées au choix du tiers, appartient toujours à ce dernier sans qu'il y ait à s'occuper de savoir s'il a partagé ou non l'erreur du représentant. On voulait faire exception pour cette hypothèse, au moins pour le cas où le représentant produisant sa procuration l'aurait mis à même de prendre ses informations pour en vérifier la validité :

puisse dépasser la mesure de l'intérêt qu'avait l'autre partie à l'efficacité du contrat.

---

on considérait que c'est un risque que le tiers aurait à courir. Il est cependant certain que celui-ci est moins à même que le représentant de vérifier la validité des pouvoirs en vertu desquels ce dernier prétend agir et qu'on ne saurait, sans nuire considérablement au crédit, l'obliger à faire ces vérifications. D'ailleurs, pour le cas où il eût été vraiment à même de connaître, mieux que le représentant lui-même, ce défaut de pouvoirs, et qu'il fût en faute de n'avoir pas fait ces vérifications, l'innovation de la seconde Commission, relativement à l'exemption de responsabilité lorsque le tiers aurait dû connaître le défaut de pouvoirs, suffisait à répondre à toutes les objections (*Pr.*, 163).

§ V. On a toujours admis qu'il y aurait exception à la responsabilité lorsque le tiers connaissait le défaut de pouvoirs (art. 55 A. C. C^e^). Mais on a ajouté qu'il en serait de même s'il avait dû le connaître. Et on peut se demander s'il n'en sera pas toujours ainsi toutes les fois qu'il a contracté avec un représentant non muni d'un titre de procuration, puisque avant de contracter il devait s'assurer de son titre et que l'absence de ce dernier rendait tout au moins suspectes les affirmations du représentant, de telle sorte qu'elle aurait dû l'amener à exiger que le prétendu représentant fît au moins la preuve des pouvoirs qui lui eussent été conférés oralement. Cette solution reviendrait à exiger que le tiers, pour se ménager les garanties de l'article 179, dût toujours réclamer une preuve au moins suffisante des pouvoirs invoqués par le représentant. Pareille solution contribuerait à réduire de beaucoup encore la valeur pratique des procurations orales, puisque déjà elles ne suffisent pas à assurer au tiers les garanties de l'article 170, à moins d'avis personnel de la part du représenté (art. 171), et que désormais, si le tiers voulût se fier à l'assurance que lui donne le représentant d'une procuration purement orale, il fût toujours en faute d'avoir cru à sa parole et privé des garanties éventuelles de l'article 179. Mais il est certain que ce système rigoureux n'est pas celui qu'on a voulu admettre en assimilant l'ignorance imputable à faute à la connaissance du défaut de procuration. On n'a pas voulu exiger que le représentant fît toujours la preuve au moins approximative de ses pouvoirs, sauf, à défaut de cette preuve, présomption de faute à la charge du tiers et mise à l'écart de la responsabilité de l'article 179. On a entendu s'en tenir aux usages du commerce et de la vie. Il y a telles ou telles situations où un individu paraît tellement qualifié pour être le représentant d'autrui, muni

Le représentant n'est pas tenu si l'autre partie connaissait ou aurait dû nécessairement connaître le défaut de pouvoir de représentation. Le représentant n'est également pas tenu s'il était restreint dans sa capacité d'exercice des droits, à moins qu'il n'ait agi avec l'assentiment de son représentant légal.

Art. 180. En matière d'actes juridiques unilatéraux, la représentation sans pouvoir de représentation n'est pas admise. Si cepen-

---

des pleins pouvoirs de ce dernier, que l'absence de vérifications de la part des tiers ne constitue aucune faute de leur part. Ce sont questions laissées à l'appréciation du juge. Il n'y a d'exception que pour le cas de minorité ou de capacité restreinte; car, dans cette hypothèse (art. 107 suiv.), le tiers devait exiger la preuve que le tuteur avait approuvé l'acceptation de la procuration; de sorte que, si le tiers ne l'a pas fait, il est en faute d'avoir cru à la validité de la procuration même exhibée par le représentant.

§ VI. Restait la question de preuve, qui a été réglée autrement que dans l'article 125 P[1]. Il aurait pu sembler que, d'après l'article 125 P[1], le tiers aurait dû établir lui-même le défaut de pouvoirs du représentant, ce qu'il est fort peu à même de faire. On a voulu ne l'obliger à rapporter que les faits matériels qu'il peut constater : 1° qu'il a contracté avec quelqu'un agissant comme représentant, et 2° que ce contrat n'a pas été suivi de ratification. Et c'est alors au représentant à faire la preuve que, s'il n'y a pas eu ratification, c'est qu'il avait un pouvoir valable; sinon il aurait à établir que l'autre partie avait connu ou dû connaître l'absence de pouvoir, ou encore qu'il était mineur, sauf à l'autre partie à établir que son tuteur l'avait autorisé à agir comme représentant (*Pr.*, 161; Pl., 228).

Art. 180. § I. Le principe que tout acte unilatéral fait par un représentant sans pouvoir est nul correspond à la règle analogue admise en ce qui concerne les mineurs (art. 111, art. 131 al. 2) et s'explique par les mêmes raisons. On en avait contesté l'opportunité, au moins sous cette forme générale, en se plaçant au point de vue de certains actes qui n'eussent rien de compromettant pour les tiers, comme un acte d'occupation ou la prise de possession d'un trésor faite au nom d'autrui, ou encore en se plaçant au point de vue d'actes se rattachant à un contrat antérieur ou à une gestion d'affaires déjà commencée. A ce dernier point de vue, on a considéré qu'il pouvait y avoir

dant celui envers qui devait être accompli un acte de cette nature n'a pas fait opposition, lors de l'accomplissement de l'acte, au

---

sans doute bien des distinctions à faire, mais qu'il fallait en laisser le soin à la doctrine (*infra*, § IV). Et quant aux autres actes unilatéraux, on crut se conformer aux exigences de la pratique en excluant, en ce qui les concerne, toute représentation qui ne reposerait pas sur un pouvoir réel de représentation. On a pensé sans doute, lorsqu'il s'agit tout au moins d'actes ne s'adressant à personne, que, si celui au nom duquel ils auraient été faits refuse sa ratification, il n'y avait aucun intéressé direct, puisque ce sont des actes impersonnels, qui pût les mettre à la charge ou au profit de celui qui les a faits, et que cependant, à moins de rester nuls, ils ne pouvaient avoir effet que par rapport à lui; aussi valait-il mieux, pour supprimer toutes ces difficultés, si ce dernier voulait les accomplir comme gérant d'affaires pour autrui, qu'il les fît en son propre nom, dans la mesure où leur nature le permettrait, comme au cas de prise de possession, par exemple, sauf à en transporter le bénéfice à celui dans l'intérêt duquel ils étaient réalisés. Quant aux actes s'adressant à un tiers, la raison de leur nullité était la même que lorsqu'il s'agit du mineur; sur ce point tout le monde était d'accord, au moins en tant qu'il s'agissait de poser le principe. Car il y avait, pour ce qui est de ces derniers, d'importantes exceptions à admettre. Au contraire, pour les actes unilatéraux ne s'adressant à personne, la nullité ne comporte aucune exception (*Pr.*, 169-171).

§ II. Pour ce qui est des actes s'adressant à partie intéressée, comme un congé, une assignation, une résiliation, la nullité de l'acte au cas de représentation sans pouvoir antérieur n'étant prononcée que dans l'intérêt du tiers auquel la déclaration s'adresse, il convenait d'y faire exception lorsque cet intérêt ne justifiait plus les mêmes protections. Il faut rappeler, du reste, que, même lorsqu'il existe un pouvoir parfaitement valable, le tiers a droit d'exiger, pour un acte de ce genre, qu'on lui présente un titre de procuration, faute de quoi il peut déclarer l'acte non avenu à son égard; pour employer la formule technique du Code civil, il peut rejeter ou repousser l'acte : c'était en cela uniquement que consistait la réglementation établie par la loi en matière de minorité (art. 111 et 174). Mais, en matière de représentation fictive, l'article 180 admet une réglementation nouvelle, acceptant que, même s'il n'y a pas de pouvoir préalable, il puisse être fait échec au principe de nullité de l'acte dans les cas admis par la loi.

pouvoir de représentation affirmé par le représentant, ou s'il avait été entendu avec lui que le représentant agissait sans pouvoir de repré-

---

La première exception se présente au cas où le représentant alléguant un pouvoir qu'en réalité il ne possède pas, l'autre partie ne fait pas opposition immédiate; et faire opposition à une procuration qu'on allègue, cela revient, ou à peu près, comme dans l'article 174, à se refuser à tenir l'acte pour valable, donc à rejeter l'acte. Dans le cas de l'article 174, on suppose en effet un pouvoir valable, et voilà pourquoi on ne parle plus d'une contestation relative au pouvoir de représentation, mais d'un rejet de l'acte lui-même, qu'il y ait pouvoir ou non. Dans le cas de l'article 180, c'est l'inexistence du pouvoir que l'on a en vue, il suffit donc de protester contre l'allégation du représentant. Mais, au fond, les deux actes sont les mêmes, qu'il s'agisse d'opposition à l'allégation de pouvoir ou de rejet de l'acte lui-même. Il s'agit d'un droit analogue à celui dont parle l'article 174. Ainsi donc le destinataire de l'acte n'exige pas qu'on lui présente un titre de procuration et il se contente d'une affirmation orale. Il aurait eu le droit de refuser et de rejeter l'acte, puisque, même à supposer qu'un pouvoir valable eût existé, ce refus eût été efficace d'après l'article 174; si donc il n'a pas exercé ce droit de rejet, il est censé avoir voulu courir les risques de la situation. L'acte n'est pas nul *ipso facto*, et alors, si l'affirmation du représentant était exacte, l'acte produira ses effets au nom du représenté; mais si elle ne correspondait pas à la réalité, on appliquera les dispositions relatives aux contrats passés sans pouvoir de représentation. Tout dépendra de la ratification de celui au nom duquel l'acte était fait; ce qui comporte, pour le tiers qui a reçu l'acte, les droits qui lui sont accordés par les articles 178 et 179. Quant au droit d'opposition ou de rejet, il faut, pour qu'il ait pour effet le maintien du principe de nullité de l'article 180, qu'il ait été exercé au moment de l'acte, ce qui doit s'entendre à la façon de l'article 174, c'est-à-dire d'une opposition faite sans retard imputable à faute, mais qui puisse intervenir même après réception de l'acte, ce qui est au moins indispensable, par exemple pour les déclarations adressées par lettre ou télégramme. Et alors, si le droit d'opposition est exercé à temps, l'acte est nul, et il serait nul même s'il y avait eu pouvoir suffisant (art. 174).

§ III. La seconde exception, laquelle allait de soi, existe lorsque le tiers à qui l'acte est adressé était d'accord sur l'éventualité d'un défaut de pouvoir et acceptait que le représentant agît sans pouvoir, soit qu'il connût la situation,

sentation, les règles relatives aux contrats reçoivent application correspondante. Il en est de même lorsqu'un acte juridique unilatéral

---

soit qu'il l'eût pressentie et qu'il en admît les conséquences. L'article 126 P[1] exigeait que le tiers eût déclaré être d'accord sur le point en question. On a supprimé cette formule de rédaction afin de laisser entendre que cette déclaration pouvait être tacite; ou plutôt il ne s'agit pas de déclaration à proprement parler, mais d'un fait à établir, le fait que l'autre partie connaissait la situation et que, en outre, elle l'acceptait comme telle, ce qui peut se déduire des circonstances elles-mêmes. Aussi il ne suffirait pas qu'elle eût connu le défaut de pouvoir pour que son acceptation fût présumée; car presque toujours, ce défaut de pouvoir, elle le connaîtra par le fait du représentant lui-même. Si en effet le représentant eût allégué ses pouvoirs, on se trouverait dans le cas de la première exception : il suffirait d'un défaut d'opposition de l'autre partie pour que la nullité fût écartée. Ce qui arrivera le plus vraisemblablement, c'est que le représentant, dans la lettre par laquelle il adresse sa déclaration, avouera n'avoir pas de pouvoirs, mais être en mesure de compter sur la ratification : le fait que le tiers ne refuse par sur-le-champ et ne fait pas opposition immédiate implique-t-il acceptation de son chef de l'éventualité dont on lui fait part? Planck ne le croit pas (p. 230). Le plus souvent, sans doute, il en sera ainsi; mais cette conclusion, d'après Planck, ne serait pas forcée; et cela dépendra des circonstances. Il a pu se faire qu'en recevant communication du défaut de pouvoirs, celui à qui la lettre est adressée ait cru que son silence suffirait à équivaloir à un refus et à la nullité de l'acte. En tout cas, c'est une question d'appréciation. Ce qui, en effet, domine tout en cette matière, c'est que le texte ne dit pas que le tiers doit avoir connu le défaut de pouvoirs, mais qu'il ait accepté que le représentant agisse sans pouvoirs. D'ailleurs cette présomption d'acceptation pourrait être admise, selon les cas, même à supposer que le représentant produise un titre de procuration, si le destinataire de l'acte était censé avoir accepté les risques de la nullité ou de l'annulabilité du titre. On voit donc, en réalité, que le principe de nullité de plein droit de l'article 180 ne s'applique guère que si le représentant produit une procuration, laquelle se trouverait être nulle, puisque presque dans tous les autres cas il faut que le tiers rejette l'acte pour que la nullité s'applique.

§ IV. Reste la question, déjà prévue dans les Travaux préparatoires, d'un acte unilatéral se reliant à un contrat préalable (*supra*, § I), et qui est très délicate, bien que la seconde exception dont il vient d'être parlé soit de nature à faci-

est accompli envers un représentant qui n'a pas de pouvoir de représentation et que ce soit d'accord avec lui.

---

liter de beaucoup la solution. Et d'ailleurs, comme Planck le fait remarquer, elle se pose aussi bien pour un contrat relatif à un contrat antérieur que pour un acte unilatéral qui se référerait à ce dernier. Il cite l'exemple d'un contrat de louage conclu par représentant, à la suite duquel le même représentant, toujours sans avoir obtenu pouvoir à cet effet, donne congé ou conclut une transaction au nom du représenté; il s'agit donc soit d'un acte unilatéral, soit d'un contrat, se rapportant à un contrat antérieur. Si la question se pose au sujet d'un contrat, la seule difficulté qui puisse se présenter est de savoir si le représenté, en ratifiant le contrat principal, ne se trouve pas ratifier en même temps le contrat postérieur qui s'y réfère. Mais, s'il s'agit d'un acte unilatéral, il y a, avant de poser le problème sous cette forme, une question préalable qui se présente, et qui serait de savoir si cet acte est nul en vertu de la règle générale de l'article 180, ou susceptible de ratification, par application des règles d'exception du même article 180. Plusieurs amendements avaient été présentés devant la seconde Commission en vue de résoudre la question, dont les principaux se contentaient de viser les actes unilatéraux, pour exclure, sous des conditions qui se trouvaient varier, le droit d'opposition et de rejet du tiers à qui l'acte est adressé, lorsque ce dernier se rattachait à un contrat antérieur non encore ratifié : cet acte unilatéral devait, au point de vue du tiers, être censé faire corps avec le contrat lui-même et être forcément soumis à la même réglementation (*Pr.*, 167-168). La Commission crut inutile d'admettre une disposition spéciale pour trancher la difficulté, et considéra qu'il n'y avait qu'à s'en référer aux principes généraux (*Pr.*, 173). Il s'agit donc de savoir quand la partie à qui l'acte est adressé sera censée avoir accepté qu'il fût soumis à ratification, comme le contrat lui-même. Cette acceptation du destinataire de l'acte peut être ou antérieure, ou concomitante, à l'acte; antérieure, lorsque ce destinataire est censé, en concluant le contrat initial, avoir accepté par avance de recevoir dans les mêmes conditions les contrats qui s'y référeraient, auquel cas il n'aurait plus le droit d'exercer le droit de rejet de l'article 180 ou même de l'article 174, ce qui suppose, ou à peu près, que le contrat principal ait déjà été conclu sans qu'il y ait présentation d'un titre de procuration. Elle est concomitante lorsque, sans s'être engagé par avance, le destinataire de l'acte, dans un cas où l'exception au principe de nullité ne dérive pas de plein droit du seul

Art. 181. Un représentant ne peut, tant que permission ne lui a pas été donnée d'agir autrement, accomplir, au nom du repré-

---

fait que le destinataire n'a pas usé du droit de rejet, comme ce serait le cas pour la seconde exception admise par l'article 180, est censé accepter que le représentant agisse sans pouvoir, comme par exemple si le contrat avait été conclu en vertu d'un titre de procuration annulable et dont le tiers eût connu les vices après coup et que le représentant eût fait l'acte relatif au contrat antérieur en vertu du même titre. Ce sont là, par conséquent, des questions de fait, pour lesquelles il y aura lieu de tenir compte surtout du cas où il s'agirait de gestion d'affaires et de l'étendue de cette dernière. Quant à l'autre face du problème, qui est de savoir si le représenté, en ratifiant le contrat principal, accepte par là même les actes qui s'y rattachent, elle dépend également d'une question d'intention; il s'agit d'apprécier quel est le sens et l'étendue de sa ratification; il y aurait lieu de savoir si le représenté, en ratifiant, entend couvrir tous les actes postérieurs faits par le représentant.

Art. 181. § I. L'article 181 traite de la question connue sous le nom de «Contrat avec soi-même», le *Selbscontrahiren*. Le premier Projet n'avait aucune disposition à cet égard, considérant que, par cela seul qu'il n'en parlait pas, la chose devait être considérée comme permise, en vertu des principes généraux (*M.*, 224). Il se contentait de formuler certaines exceptions au principe (cf. P[1], art. 45, 468, 1561). Peut-être cette affirmation était-elle quelque peu téméraire, puisque certains auteurs avaient soutenu que le contrat avec soi-même doit être considéré comme impossible, précisément en vertu des principes généraux. Il est de règle, en effet, que la volonté qui reste entière au cas de représentation n'est pas, même fictivement, celle du représenté, mais celle du représentant; il en résulte que, dans le contrat avec soi-même, au lieu de deux volontés, il n'y en a qu'une, celle du représentant, ce qui ne suffit pas à réaliser un contrat. La question aurait donc été de savoir si la loi devait attacher à un acte unilatéral les effets d'un contrat; la loi le pouvait, mais encore fallait-il qu'elle s'en expliquât, car la solution ne découlait plus des principes généraux (cf. Bechmann, *Kauf.*, II, 286 et suiv.; Muskat, dans *Zeit. f. Hand. R.*, t. 33, 523; Salman, *eod. loc.*, t. 41, 372 et suiv.). D'autres auteurs soutiennent, à l'inverse, que, d'après les principes du droit commun, le contrat avec soi-même serait possible, mais qu'il restait à voir si la loi ne devait pas, à raison du conflit d'intérêts qu'il implique, l'interdire

senté, un acte juridique qu'il ferait avec lui-même, soit agissant en son propre nom, soit agissant comme représentant d'un tiers, à

---

expressément. On trouvera l'indication de toutes ces diverses théories dans l'étude restée célèbre de Rümelin (*Das Selbstcontrahiren*, 1888). C'est à ce dernier point de vue que s'est placé le Code civil, jugeant le contrat avec soi-même possible en soi, puisque l'article 181 le déclare permis lorsque, soit la procuration, soit la loi, donneraient pouvoir à cet effet. Mais, comme principe de droit commun, le Code civil, se plaçant à l'extrême opposé du Projet, l'interdit formellement; et cela à raison des dangers qu'il comporte pour le représenté. On avait bien proposé d'en limiter la prohibition au cas où le représentant contracterait, ou passerait l'acte, avec lui-même, en son propre nom, afin d'en exclure l'hypothèse où il serait à la fois le représentant des deux parties; on pouvait soutenir que, dans ce dernier cas, l'intérêt personnel de celui qui conclut l'acte n'étant plus en jeu, il n'y avait pas les mêmes craintes à avoir au sujet de sa partialité. Mais la distinction a été repoussée, et l'interdiction admise de la façon la plus générale (*Pr.*, 174-175). En conséquence, il n'y avait plus lieu de reproduire, à propos des personnes juridiques, la disposition de l'article 45 P[1], qui défendait à l'un des membres de la direction de passer un contrat avec lui-même au nom de l'association (*Pr.*, 517-520); et si l'article 1795, en ce qui touche le tuteur, reproduit certaines dispositions de l'article 1651, c'est que ces dispositions dépassent le domaine de l'article 181. Et, d'ailleurs, l'application de ce dernier texte se trouve expressément réservée, ce qui ferait allusion aux exceptions qu'il comporte. Enfin, si l'article 456 a cru devoir reproduire le principe de l'article 468 P[1], c'est qu'on voulait, en cette matière spéciale, imposer comme sanction une nullité de caractère purement relatif (art. 458), qu'il est fort douteux que l'on doive admettre comme principe de droit commun sur l'article 181 (*Pr.*, II, 73-74).

§ II. Pour ce qui est, en effet, de la sanction de l'article 181, la seconde Commission elle-même fut la première à reconnaître qu'elle ne ressortait pas forcément de la formule du texte; c'est précisément à propos de la vente sur exécution forcée, en ce qui concerne la prohibition adressée à ceux qui y président de faire l'achat pour eux-mêmes (art. 456), que l'on fut amené à préciser quelle serait cette sanction pour le cas où, de droit commun, un acte eût été passé en violation de l'article 181. La majorité reconnut, à raison des motifs qui avaient justifié l'interdiction, que ce devrait être la

moins que l'acte juridique ne consiste exclusivement dans l'exécution d'un engagement.

---

nullité proprement dite, au lieu d'assimiler l'acte, comme le faisait le premier Projet pour les cas exceptionnels où il prohibait les contrats avec soi-même, à un acte fait sans pouvoir et de lui appliquer les dispositions des articles 177 et suivants. On fit remarquer d'ailleurs que cette solution devait découler de l'expression prohibitive du texte lui-même; et c'est pour cette raison que l'on maintint les dispositions relatives à la vente sur exécution forcée, tout le monde étant d'accord pour admettre en pareil cas, au contraire, l'application des textes sur les contrats passés sans procuration (*Pr.*, II, 75-76; Pl., 231). En dépit de cette opinion de la seconde Commission, certains auteurs, comme Enneccerus par exemple (p. 222, § 86, notes 4 et 5), veulent maintenir l'idée d'un acte fait sans pouvoir, puisque en réalité celui qui a donné la procuration aurait pu donner pouvoir au représentant de contracter avec lui-même ; il faut donc qu'il puisse ratifier après coup. La possibilité de revenir sur sa ratification, ce qui serait la conséquence de la nullité, ne peut guère se justifier que si le représentant s'est déjà payé de ce que lui devait le représenté sans fournir lui-même ce qu'il devait livrer en retour, auquel cas, s'il devient insolvable, il y a intérêt pour le représenté à faire considérer comme lui appartenant encore en toute propriété le droit, ou les droits, que le représentant s'était appropriés en payement. A quoi Enneccerus répond que, dans d'autres cas, cette solution peut être très désavantageuse pour le représenté, si, par exemple, celui-ci ne consentant à prêter que sous certaines garanties, le représentant, en tant qu'il représente également un autre mandataire, conclut le prêt au nom de ce dernier, et sous les garanties voulues, contrat qui obtient la ratification des parties. Si l'emprunteur tombe en faillite, lui permettra-t-on d'invoquer la nullité du prêt pour faire déclarer nulles les garanties réelles ou personnelles qu'il avait fournies? La question reste donc soumise à controverse (Höld., p. 381).

§ III. Ce principe de prohibition comporte toutefois deux catégories d'exceptions, celles qui proviendraient de la volonté de la loi ou des parties, suivant qu'il s'agit ou non de représentation légale. Et, s'il est admis qu'une procuration même générale ne comprend pas en elle-même le pouvoir de contracter avec soi-même et qu'il faille, par conséquent, une disposition spéciale à cet égard, il est universellement accepté que cette intention pourrait

être exprimée sous forme tacite; et, d'autre part, le principe comporte une exception générale pour toute une catégorie d'actes, à l'égard desquels le fait d'agir pour soi et avec soi-même est toujours valable, indépendamment de tous pouvoirs spéciaux, pourvu cependant que ces actes, par leur matière même, rentrent dans ceux visés par la procuration : c'est lorsque l'acte à conclure consiste dans l'exécution d'une obligation, soit que le représentant se paye de ce qui lui est dû sur le patrimoine qu'il administre, soit qu'il paye ce qu'il doit et le verse dans la caisse du représenté, ou, s'il est le gérant de deux personnes à la fois, qu'il exécute l'une pour l'autre ce qu'elles se doivent réciproquement. Seulement on peut encore se demander, pour ces cas de validité exceptionnelle, comme on se le demandait jadis, dans la doctrine, pour toute espèce de contrat avec soi-même, si c'est bien là vraiment un contrat mettant en présence deux volontés, ou s'il n'y aurait pas plutôt un acte de volonté unilatérale produisant les effets d'un contrat. La grande majorité des auteurs, admettant fictivement comme un dédoublement de volonté chez le représentant, se rallient à l'idée de contrat, tout en exigeant un fait de manifestation extérieure qui en révèle l'existence et sans vouloir se contenter d'une sorte de rencontre purement interne de ces deux intentions combinées en une seule (cf. Pl., § 181-1). Mais d'autres auteurs, Endemann par exemple (p. 345, § 81, note 17), rejettent l'idée de fiction pour admettre qu'il y ait là uniquement un seul fait de volonté, et forcément ce serait une de ces déclarations unilatérales qui ne s'adressent à personne. Cette conception, qui aurait pour conséquence d'exiger, comme dans l'autre système, une manifestation extérieure par laquelle s'exprimât cette déclaration purement impersonnelle, entraînerait, en outre, les autres intérêts pratiques se rattachant à la distinction fondamentale du Code civil entre les deux catégories de déclarations (note sur art. 116). Et peut-être cette théorie est-elle, en effet, plus près de la réalité juridique, quoiqu'on puisse douter qu'elle ait été dans la pensée des auteurs du Code civil. Mais le Code civil n'a voulu, sans doute, imposer aucune théorie doctrinale sur ce point, laissant à la doctrine le soin de fixer par voie d'évolution progressive la construction juridique à établir.

TITRE SIXIÈME.

DE L'AUTORISATION. — DE L'APPROBATION.

Art. 182. Lorsque, s'agissant d'un contrat ou d'un acte juridique unilatéral qui doivent être accomplis envers un autre, leur efficacité dépend de l'assentiment d'un tiers, celui-ci, pour accor-

---

Art. 182. § I. L'article 182 ouvre la série des dispositions relatives à tous les cas, relativement nombreux, où la validité d'un acte dépend du consentement qui doit en être donné par un tiers qui n'a pas été partie à l'acte, soit que ce consentement soit antérieur, sous forme d'autorisation, soit qu'il soit subséquent, sous forme de ratification ou d'approbation : le mot «assentiment» désigne, d'après la traduction adoptée, ces deux procédés possibles de consentement. Et, en général, il est indifférent que l'assentiment intervienne avant ou après, si ce n'est, quand il a lieu sous forme d'approbation, au point de vue de certaines garanties spéciales accordées au tiers dont le droit reste en suspens (cf. art. 109, art. 178). Cependant, dans certains cas exceptionnels, il faut que l'assentiment précède l'acte, sous forme d'autorisation préalable (art. 111; cf. art. 180). Il faut remarquer d'ailleurs qu'il y a lieu à assentiment non seulement lorsqu'il s'agit d'actes faits par un demi-incapable (art. 107 et suiv.), ou par un représentant sans pouvoir suffisant (art. 177), mais toutes les fois qu'un tiers, sans se présenter comme représentant pour autrui, et agissant en son propre nom, dispose du droit d'autrui (art. 185); il en est de même dans certains cas où l'acte accompli, sans être un acte de disposition du droit d'autrui, peut indirectement toucher au droit d'autrui et intéresser le véritable titulaire du droit (cf. art. 415, 458, 876, 1071, 1245, 1255, 1375, 1395, 1398, 1399, 1444, 1448, 2120). Dans tous ces cas, il doit y avoir assentiment de la part de l'intéressé ou du titulaire du droit, assentiment qui peut être donné soit avant, soit après. L'article 182 contient certaines dispositions générales applicables à ces deux formes d'assentiment.

§ II. Tout d'abord, dans les deux cas, l'assentiment du tiers, que ce soit un tuteur, un représenté ou autre, ne peut être donné que sous forme de déclaration adressée à l'intéressé; non seulement il ne suffirait pas de prouver la volonté de ce tiers de donner son consentement, il faudrait qu'il l'eût

der ou pour refuser son assentiment, peut adresser sa déclaration soit à l'une, soit à l'autre des deux parties.

---

juridiquement déclaré; et, enfin, même une déclaration impersonnelle, ne s'adressant pas à partie, serait insuffisante. Mais alors à quel intéressé devra-t-elle être adressée, puisqu'il y en a deux, celui qui a fait l'acte, et celui à l'égard de qui il l'a fait? L'article 182 se contente d'une déclaration adressée indifféremment à l'un ou à l'autre; mais il faut, pour qu'elle produise son effet, qu'elle soit adressée à l'un des deux. Dans certains cas cependant ce choix est exclu (cf. art. 108 al. 2 et art. 177 al. 2). Mais d'ailleurs, même là où il existe, ce qui est le droit commun, il peut n'être pas indifférent de constater à qui la déclaration a été adressée. Planck en signale un intérêt pratique pour le cas d'assentiment entaché de dol, puisqu'il peut se faire que la partie à qui la déclaration eût été adressée ignorait, sans qu'il y eût faute de sa part, le dol pratiqué par un tiers, tandis que l'autre, à qui la même déclaration aurait pu être adressée mais ne l'a pas été, connaissait le vice qui rendait cette déclaration annulable; d'après l'article 123 al. 2, la nullité se trouverait donc exclue. Planck atténue toutefois la rigueur de cette solution par l'application, déjà faite par lui à l'hypothèse de la procuration (art. 167, note § VII), de la disposition finale de l'article 123, permettant d'opposer l'annulabilité dérivant du dol au tiers qui eût acquis un droit direct de l'acte ainsi vicié. Si, par exemple, la déclaration d'approbation avait été adressée au représentant relativement à une vente, faite sans pouvoir suffisant, d'une chose appartenant au représenté et que l'acheteur seul eût connu le dol pratiqué à l'égard de ce dernier pour qu'il donnât son adhésion, n'est-ce pas le cas de dire que cet acheteur acquiert son droit par l'effet de l'adhésion du représenté et que par suite, à son égard, elle est annulable (Pl., § 182-3)?

§ III. Il n'est pas douteux que l'acte d'assentiment est un acte absolument distinct de l'acte principal auquel il se réfère; de là l'indépendance admise quant à la forme. Cependant il est des cas où l'assentiment peut recouvrir lui-même un acte qui, de sa nature, eût exigé des formes. Devant la seconde Commission (*Pr.*, 178), on a donné l'exemple d'un individu qui dispose, par voie de donation, d'une chose appartenant à autrui; et le propriétaire ratifie après coup. S'il ratifie après avoir reçu un équivalent cette ratification n'est au fond qu'une vente de la chose. La vente, en effet, n'exige aucune forme, à moins qu'il s'agisse d'immeuble (art. 313). Mais s'il n'a rien reçu, n'est-ce pas une véritable donation faite par lui; et ne devrait-on pas alors la sou-

L'assentiment n'exige pas la forme qui pourrait être établie pour l'acte juridique.

Lorsque, s'agissant d'un acte juridique unilatéral dont l'efficacité dépend de l'assentiment d'un tiers, l'acte est accompli avec l'autorisation de ce tiers, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions de l'article 111 pr. 2, 3.

Art. 183. L'assentiment préalable (autorisation) reste révocable jusqu'à l'accomplissement de l'acte juridique, en tant que, du

---

mettre aux formes de l'article 518? Enfin la déclaration qui réalise cet acte d'adhésion pourrait même être tacite; le premier Projet le disait expressément (art. 127 P[1]). On a cru inutile de reproduire cette disposition, qui allait de soi. L'objection faite à sa disparition était que, s'agissant d'une déclaration s'adressant à partie intéressée, il pouvait être permis de concevoir qu'elle ne dût être faite que sous forme expresse. Et c'est précisément à propos de cette objection que la seconde Commission a formellement reconnu que même des déclarations de ce genre pouvaient emprunter la forme tacite (*Pr.*, I, 177; VI, 126). Quant à l'application à tous les actes unilatéraux ayant besoin d'approbation, et qui eussent été accomplis sous assentiment préalable, c'est-à-dire avec autorisation au sens technique du mot (art. 183), des dispositions correspondantes admises pour une hypothèse analogue en matière de minorité (art. 111, pr. 2 et 3), il ne pouvait y avoir à cela aucune difficulté (*Pr.*, VI, 138).

Art. 183. § I. L'article 183 s'occupe de la première forme d'assentiment, celui qui précède l'acte, et la loi le déclare essentiellement révocable, comme d'ailleurs la procuration, dont il se rapproche beaucoup (cf. art. 168). On peut même dire que, si l'acte devait être fait au nom d'autrui, entre l'autorisation et la procuration il n'y aurait pas de différence. Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'un acte fait par celui qui le passe en son propre nom (cf. art. 185); l'autorisation tout en gardant une certaine analogie avec la procuration s'en distingue essentiellement, et de même s'il s'agit de l'autorisation donnée par un tuteur ou par un tribunal des tutelles.

§ II. Cette analogie se retrouvait déjà dans le premier Projet, qui ne prévoyait d'exception à la révocabilité, ni en matière de procuration, ni en matière d'autorisation (cf. art. 119, 127 P[1]). La seconde Commission, ayant admis

rapport juridique sur le fondement duquel cette autorisation a été accordée, ne résulte pas une solution différente. La révocation peut être déclarée envers l'une ou envers l'autre des deux parties.

---

la possibilité de faire exception à la révocabilité en matière de procuration (art. 168), a établi le même parallélisme en ce qui touche l'autorisation, en ce sens que la question de savoir si la révocation est exclue se détermine d'après le rapport de droit sur le fondement duquel l'autorisation est intervenue, et qui lui sert de cause (*Pr.*, I, 178), de même que l'on s'attache, pour résoudre la même question en matière de procuration, au mandat ou, d'une façon générale, au rapport juridique qui sert de cause à la procuration. C'est ainsi qu'il y aurait irrévocabilité, par application de l'article 183, au cas de l'article 2120. Dans d'autres hypothèses, au contraire, au cas de tutelle par exemple, ce qui se déduit du rapport juridique en vertu duquel intervient l'autorisation, et qui est ici le pouvoir tutélaire lui-même, c'est l'impossibilité d'admettre aucune exception à la révocabilité, puisqu'il s'agit de la protection du mineur (cf. Leonh., p. 336). Dans d'autres cas, à l'inverse, l'irrévocabilité est établie par la loi elle-même (cf. art. 876, 880, 1071, 1245, 1255, 1276, 1517, 1748; Ennec., § 112, note 4). Mais il faut remarquer que, si le rapport juridique sur lequel se fonde le droit d'autorisation est à prendre en considération pour savoir si la révocabilité est ou non exclue, il n'est plus dit, comme dans l'article 168, que l'autorisation tombe de plein droit lorsque disparaît le rapport de droit qui lui sert de cause; c'est donc qu'en principe cette autorisation est indépendante de sa cause et constitue un acte abstrait, qui vaut par lui-même, sauf à lui appliquer, le cas échéant, la théorie de l'enrichissement sans cause (art. 812 et suiv.; cf. Pl., p. 255).

§ III. Planck s'est demandé si l'on ne devrait pas appliquer par analogie à l'autorisation les articles 170 à 173 relatifs à la protection des tiers de bonne foi en matière de procuration. L'article 127 P[1], qui renvoyait aux règles de la procuration, l'admettait forcément. Ce renvoi a été supprimé à raison des changements admis en matière de révocabilité; mais ne faut-il pas croire qu'il reste encore dans le vœu de la loi? Il est tout au moins un cas où l'affirmation ne peut guère faire doute, c'est celui dans lequel l'autorisation se rapproche le plus en effet de la procuration, lorsqu'elle sert à approuver par avance un acte de disposition du bien d'autrui; un propriétaire permet à un tiers de disposer d'une chose lui appartenant, bien que ce tiers agisse en son propre nom. Si cette autorisation lui est ensuite retirée, alors que le tiers

Art. 184. L'assentiment donné ultérieurement (approbation) rétroagit, à moins qu'il n'en soit disposé autrement, jusqu'au moment de l'accomplissement de l'acte juridique.

La rétroactivité ne rend pas inefficaces les actes de disposition qui, avant l'approbation, et relativement à l'objet de l'acte ainsi approuvé, ont été faits par celui de qui émane l'approbation ou qui se sont réalisés par voie d'exécution forcée ou de procédure de saisie ou par le fait d'un syndic de faillite.

Art. 185. Un acte de disposition que fait relativement à un objet

---

avec qui l'acte devait être passé avait eu connaissance de l'autorisation sans être averti de sa révocation, il faut forcément que celui-ci soit protégé dans la mesure où l'admettent les articles 170 à 173. Or, s'il en est ainsi en pareil cas, pourquoi en serait-il autrement, en matière de tutelle par exemple, lorsque le tuteur a donné son autorisation par avance et qu'il la retire ensuite à l'insu du tiers auquel il avait fait savoir qu'il approuvait tel ou tel acte que le mineur dût passer avec lui? Cette assimilation s'imposera, sans doute, à la pratique.

Art. 184. Lorsque l'assentiment est donné après coup, il prend le nom d'«approbation»; et il est conforme au but, au moins présumé, des parties que cette approbation rétroagisse au jour où l'acte avait été passé, mais sans que cette rétroactivité puisse nuire aux droits conférés aux tiers avant cette ratification (cf. art. 1338 C. civ. fr.). Planck admet, comme il l'avait fait pour l'autorisation donnée antérieurement, que cette approbation est un acte de caractère abstrait, indépendant de sa cause, sauf application éventuelle de l'article 812 sur l'enrichissement sans cause (Pl., p. 257). Il reconnaît également que le refus d'approbation n'est pas un acte juridique, mais le refus pur et simple d'accomplir un acte juridique; aussi ce refus n'engage à rien, il n'a rien d'irrévocable et n'empêche pas de ratifier après coup. Mais il n'en est plus de même dans les cas où la loi attache à ce refus l'effet de faire disparaître l'acte que l'approbation aurait dû avoir pour objet de confirmer, comme au cas de l'article 415; dans ce cas, le refus de ratification, s'il ne devient pas à proprement parler un acte juridique, est assimilé à un acte de ce genre, et il est par suite irrévocable.

Art. 185. L'article 185 formule sous forme de règle générale un principe

un non-ayant droit, est efficace, lorsqu'il a lieu avec l'autorisation de l'ayant droit.

Cet acte de disposition devient efficace, lorsque l'ayant droit lui

---

de validation pour les actes de disposition du bien d'autrui qui n'était posé par le premier Projet qu'à propos de certains actes particuliers (art. 310, 830, 876 P[1]), et que la seconde Commission (*Pr.*, 179), avec beaucoup de raison, a cru devoir généraliser; aussi les dispositions correspondantes du premier Projet ont-elles disparu. Il s'agit là d'une innovation extrêmement heureuse : car, d'après les principes traditionnels, on ne pouvait pas disposer en son propre nom du bien d'autrui, même avec l'autorisation préalable de l'ayant droit : il fallait agir par voie de représentation. Si, par exemple, un propriétaire avait adressé des marchandises à un commerçant pressé par ses créanciers, en l'autorisant à les vendre pour son compte, ou bien celui-ci agissait pour le compte du propriétaire, et alors ses créanciers n'avaient aucun droit sur ces objets, ou bien, s'il agissait en son nom, il fallait qu'il fût devenu propriétaire et que ses créanciers pussent saisir les marchandises (cf. Leonh., p. 342). A plus forte raison, l'acte de disposition fait sans autorisation préalable était-il nul, même s'il était approuvé après coup. Toutes ces solutions étaient absolument contraires aux exigences de la pratique. Désormais, l'acte de disposition du bien d'autrui fait avec l'autorisation préalable de l'ayant droit, même sans qu'il y ait eu pouvoir de représentation, est parfaitement valable; et, s'il est fait sans autorisation, il peut devenir valable au moyen de l'approbation donnée après coup : c'est une ratification. Cette dernière, bien entendu, rétroagit conformément à l'article 184. Seulement l'article 185 consacre également ce même principe de validation, lorsque celui qui a disposé de l'objet en devient acquéreur, ou que l'ayant droit hérite de celui qui était l'auteur de l'acte de disposition; et, dans ces deux derniers cas, il n'y a plus de rétroactivité, ce qui peut être important, par exemple en ce qui touche l'acquisition intérimaire des fruits. Mais, dans la dernière hypothèse, il faut que l'ayant droit se trouve répondre d'une manière illimitée des dettes de la succession (art. 1994, 2005, 2006). Lorsqu'il n'en est plus ainsi (art. 1975 et suiv.), le patrimoine de la succession ne se confond plus avec le patrimoine de l'héritier; et, par suite, les raisons qui ont fait admettre la solution de l'article 185 ne se retrouvent plus. Enfin Planck pose, à propos de l'approbation dont parle l'article 185, la question, déjà soulevée sur l'article 184, relative au refus d'approbation; et la réponse comporte en effet,

donne son approbation ou que l'auteur de l'acte de disposition acquière l'objet, ou lorsque celui-ci a pour héritier l'ayant droit et que ce dernier est tenu avec responsabilité illimitée des engagements de la succession. Dans ces deux derniers cas, s'il a été passé, relativement au même objet, plusieurs actes de disposition qui ne sont pas en concordance les uns avec les autres, le plus ancien est seul efficace.

---

dans le cas de l'article 185, certains éléments spéciaux de solution, tenant à ce que les parties ont pu subordonner l'efficacité de l'acte à la condition de la ratification, ou faire de cette dernière une condition tacite, ce qui est à présumer lorsque toutes deux savaient que la chose appartenait à autrui, auquel cas le refus de ratification impliquerait que la condition se trouve être défaillie. Bien entendu, s'il y avait eu plusieurs actes de disposition inconciliables, comme plusieurs aliénations successives, l'ayant droit, en ratifiant, indiquerait celle qu'il entend valider; mais cette indication ne pouvant se concevoir dans les deux autres cas prévus par l'article 185, le texte a dû, pour cette hypothèse, régler l'ordre de validation d'après le rang de priorité.

SECTION QUATRIÈME.

DES DÉLAIS. — DES ÉCHÉANCES.

Art. 186. Pour les désignations de délais ou d'échéances qui se trouvent contenues dans les lois, les dispositions prises par justice et les actes juridiques, il faut appliquer les règles d'interprétation des articles 187 à 193.

Art. 187. Lorsque, pour point de départ d'un délai, on prend en considération soit un événement, soit un moment pris dans le

---

Art. 186. Les règles qui vont suivre sont, d'après le texte lui-même, de simples règles interprétatives, lesquelles devront céder par conséquent devant une disposition contraire établie dans la loi, dans l'acte judiciaire ou dans tel ou tel acte privé auquel il y ait à se référer. Ces dispositions ont été empruntées pour la plupart aux articles 328 et suivants de l'ancien Code de commerce, ce qui explique la disparition de toute disposition de ce genre dans le nouveau Code. Planck (p. 240) fait remarquer avec raison que, lorsque la loi établit un délai pour l'accomplissement d'un acte, le délai s'applique sans qu'il y ait à rechercher si celui qui devait accomplir le fait en question s'est trouvé en état de le faire dans le délai fixé. A ce principe, il y a toutefois quelques exceptions en matière de prescription (art. 202 à 207); mais ces règles ne s'appliquent pas aux délais de forclusion, à moins que la loi n'en ait fait une application expresse, comme au cas des articles 210, 212, 215, 802, 1002, 1954, 2082; application qui n'est que partielle dans les articles 1339, 1571, 1594, 1599, 1944, 2283. Il faut ajouter également que, dans tous ces cas, où il y a fixation d'une échéance légale, il faut bien se garder, dans la terminologie du Code civil, de parler de «terme», puisque cette expression a une signification purement technique, expliquée sous l'article 163.

Art. 187. En principe, le Code civil n'admet pas, au moins comme règle d'interprétation légale, que l'on compte par heure ou par toute autre unité de temps inférieure à un jour; aussi fallait-il forcément, lorsque le délai part d'une division plus courte, ou d'un événement susceptible de se placer

cours d'un jour, n'est point compté dans le calcul du délai le jour dans lequel cet événement ou ce moment se trouvent tomber.

Lorsque le commencement d'un jour est le moment pris en considération comme point de départ d'un délai, ce jour est compté dans le calcul du délai. Il en est de même du jour de la naissance pour le calcul de l'âge d'un individu.

Art. 188. Un délai fixé par jours prend fin à l'expiration du dernier jour du délai.

Un délai fixé par semaines, par mois ou par périodes embrassant plusieurs mois, — année, semestre, trimestre, — prend fin, dans le cas de l'article 187 al. 1, à l'expiration du jour de la dernière semaine ou du dernier mois qui, en tant que jour, par sa dénomination ou par son quantième, correspond à celui dans lequel se trouvent tomber l'événement ou le moment prévus

---

au milieu du jour, que l'on supprimât ou le jour initial, ou le jour final. C'est la première solution qui est acceptée par la loi, conformément à l'article 199 de l'ancien Code de procédure, aujourd'hui remplacé par l'article 322 du nouveau Code. Bien entendu, il ne pouvait plus en être de même lorsque le délai devait comprendre des jours complets, à commencer par une date initiale prise au point de départ du jour fixé pour le commencement du délai. Seulement on a cru devoir prendre une disposition particulière pour le calcul de l'âge, et spécialement de la majorité, parce que, le point initial étant un événement tombant au cours d'une journée, on aurait dû appliquer la première disposition du texte, et ne faire commencer la majorité qu'à l'expiration du jour correspondant à celui où s'est placée la naissance (cf. art. 188), tandis que, d'après les usages courants, si un individu est né, par exemple, pour emprunter la citation de Planck (p. 241), le 1er janvier 1900, il sera considéré comme majeur à l'expiration du 31 décembre 1921, et non au 1er janvier 1922. Il faut pour cela que le jour de la naissance soit compté en entier. Conformément à ces usages, l'article 187 applique donc au calcul de l'âge la règle de la seconde disposition du texte, et non celle de la première.

Art. 188. Cf. art. 200 Anc. C. Pr. civ. et art. 222 Code Pr. actuel; cf. également *infra* art. 191 et 193.

dans le texte, et, dans le cas de l'article 187 al. 2, à l'expiration du jour de la dernière semaine ou du dernier mois qui, en tant que jour, précède celui qui, par sa dénomination ou son quantième, correspond au jour initial du délai.

Si, dans un délai fixé par mois, le jour destiné à en marquer l'échéance se trouve faire défaut dans le dernier mois, le délai prend fin à l'expiration du dernier jour de ce mois.

Art. 189. Si l'on compte par demi-année, il faut entendre par là un délai de six mois; par quart d'année, un délai de trois mois, et par demi-mois, un délai de quinze jours.

Si un délai porte sur un et plusieurs mois entiers et, en outre, sur un demi-mois, les quinze jours correspondant à ce dernier sont à imputer sur la fin du délai.

Art. 190. Au cas de prorogation d'un délai, le nouveau délai est compté à partir de l'expiration du délai qui précède.

Art. 191. Si une période a été fixée par mois et années, mais déterminée de telle sorte qu'elle n'ait pas à s'accomplir d'une façon continue, les mois seront comptés de trente jours et les années de trois cent soixante-cinq jours.

Art. 192. Lorsqu'il est parlé du commencement du mois, il faut entendre cela du premier jour du mois; du milieu du mois, il faut

---

Art. 190. La disposition de l'article 190 suppose qu'il y ait prorogation au sens exact du mot, et non fixation d'un nouveau délai; et alors, au cas de prorogation, comme l'ancien délai se termine toujours à l'expiration d'un jour complet, le point initial du nouveau est toujours fixé d'après la seconde règle de l'article 187.

Art. 191. L'exemple classique que l'on avait en vue est celui d'un voyageur de commerce qui doive, par exemple, voyager au minimum dix mois par an pour son patron. Ces dix mois ne doivent pas s'accomplir par une durée ininterrompue; on les comptera chacun de trente jours.

l'entendre du quinzième jour; et de la fin du mois, il faut l'entendre du dernier jour du mois.

Art. 193. Lorsqu'une déclaration de volonté doit être émise ou

---

Art. 193. § I. Les trois derniers Projets, les seuls qui aient contenu une disposition analogue à celle de l'article 193, restreignaient l'application du principe ainsi formulé au cas où il fût question d'une prestation à effectuer (art. 228 P² et art. 265 P⁴); et encore avait-on pu leur reprocher d'avoir, au cas où le dernier jour du délai fût un jour férié, allongé le délai d'un jour (cf. C. féd. obl., art. 90, 91), au lieu d'en avoir fixé l'échéance au jour ouvrable précédent, comme dans l'ancien Code de commerce (art. 330). S'il s'agit, par exemple, de travaux ou de services à effectuer pendant un certain délai, il n'est pas indifférent, pour les travailleurs manuels ou pour les gens de service, lorsque le délai doit se terminer un dimanche, de n'avoir pas à reprendre du service le lundi, à un début de semaine. On a objecté en outre qu'ils auraient à fournir ainsi un jour de travail supplémentaire, sans cependant recevoir un jour de salaire en plus, au moins lorsqu'ils sont payés au mois ou à la semaine (cf. *R. Ber.*, p. 30). Mais le reproche est inexact, car si l'on supposait qu'ils dussent travailler le dimanche, on se trouverait dans un des cas exceptionnels où, conformément à l'intention des parties, la règle de l'article 193, puisqu'il s'agit d'une simple présomption de volonté (art. 186), ne s'applique plus. Tout ce que l'on peut dire, c'est que ce peut être une gêne pour un travailleur d'avoir à reprendre son travail le lundi, alors que, s'il est engagé ailleurs, c'est en général au début de la semaine que son nouveau service aurait dû commencer; et cependant il ne pourra se soustraire à l'application de la règle de l'article 193 que du consentement de son ancien patron (cf. cependant art. 629). Planck paraît dire (p. 243) que, lorsqu'il s'agit non pas d'un jour fixe, lequel viendrait à tomber un dimanche, mais d'un délai dont le dernier jour fût un dimanche, celui qui doit une prestation peut sans doute se refuser à la faire ce jour-là, mais que, s'il l'exécute, on ne peut l'obliger à remettre au lundi : cette interprétation ne paraît guère devoir être acceptée; car la règle de l'article 193 peut être invoquée par les deux parties indistinctement, et, par suite, celui à qui une prestation est due peut tout aussi bien refuser de la recevoir le dimanche, que son débiteur se refuser à l'effectuer. Il est vrai que, s'il y a d'autres dimanches dans le délai imposé, le texte ne dit plus que la prestation soit impossible ce jour-là sauf

une prestation effectuée à un jour déterminé ou dans les limites d'un délai déterminé, et que le jour ainsi fixé ou que le dernier jour

---

consentement des deux parties. Mais de deux choses l'une : ou bien il s'agit de prestations continues à faire pendant un délai de tant de jours, et cela dépend alors de la convention des parties; ou il s'agit d'une prestation à opérer un jour donné jusqu'à échéance de tel délai, et il dépend toujours du débiteur de choisir son moment et, par conséquent, de ne pas effectuer la prestation un dimanche. Si cependant il choisissait ce jour-là et que le créancier s'y refusât, la question se poserait sur un autre terrain, celui de la demeure du créancier, et ce serait le cas alors d'appliquer l'article 299.

§ II. Les différents Projets se contentaient donc de poser la règle pour le cas de prestations à fournir. On s'était refusé à l'étendre à l'hypothèse où il se fût agi de déclarations à adresser soit à un jour dit, soit dans un délai donné (*Pr.*, 192). La proposition fut reprise devant la Commission du Reichstag, et, bien qu'elle ait été vivement combattue, elle finit par triompher. On se demandait en quoi ce pût être une atteinte à la sanctification du dimanche que d'envoyer une lettre de congé par exemple un jour férié, ou d'être obligé de la recevoir et de la lire un pareil jour; et l'on faisait remarquer qu'il y avait un grand avantage, pour les ouvriers et surtout dans les campagnes, à recevoir congé un dimanche plutôt que le jour suivant, puisqu'ils n'ont guère que le dimanche pour chercher du travail et qu'en prolongeant d'un jour le délai admis en matière de congé, on retarderait ainsi d'une semaine la possibilité pour eux de faire les démarches indispensables; et de même, à l'inverse, il pouvait être très utile, à la campagne surtout, à cause des distances, de pouvoir porter une déclaration le dimanche ou de la faire remettre ce jour-là, le seul que les gens habitant la campagne ou les travailleurs manuels pussent avoir à leur disposition (*R. Ber.*, 30-31). Il est vrai qu'il serait facile de répondre qu'au lieu d'une démarche personnelle, ils peuvent envoyer une lettre, qu'on leur donne précisément le dimanche pour la faire, et que, si elle n'arrive que le lundi, jour qui rigoureusement eût été en dehors du délai, on a précisément prolongé le délai d'un jour dans leur intérêt; même intérêt pour celui qui reçoit les déclarations et qui, s'il n'est pas là pour en prendre connaissance, aura le lundi pour les recevoir valablement. Le dimanche ne compte pas comme jour de réception d'une déclaration de volonté, ce qui est important au point de vue de l'application de l'article 130; tout au moins, il ne compte pas lorsqu'il constitue le jour fixé pour cette déclaration, et encore

du délai tombe un dimanche ou un jour admis comme jour férié pour tout le monde par la législation d'État du lieu désigné pour la déclaration ou la prestation, sera substitué au dimanche ou au jour férié le jour ouvrable qui suit immédiatement.

---

sauf présomption de volonté contraire, ou lorsqu'il est le dernier jour du délai. Ceci s'applique d'ailleurs, non seulement lorsque le délai a été fixé par les parties, mais également lorsqu'il a été fixé par la loi, par exemple en matière d'annulation (art. 121, 124).

§ III. On avait proposé de faire de cette règle une disposition impérative; mais on se fût heurté ainsi à des difficultés incalculables, par exemple dans les affaires à jour fixe, s'il se fût agi d'une prestation fixée à un dimanche, et qui ne pût avoir d'utilité que ce jour-là, fournitures à effectuer en vue d'une fête qui dût avoir lieu le dimanche, et autres cas de cette espèce; comment les remettre au jour suivant? Aussi fut-on d'accord pour faire de la règle de l'article 193 une disposition purement interprétative; et dans tous les cas d'affaires à jour fixe, lorsque le dimanche, en tant que dimanche, aura été spécifié comme jour d'exécution, ou même comme dernier terme d'exécution, il n'est pas douteux que la règle de l'article 193 se trouvera mise à l'écart (*Pr.*, 191, 192, et *R. Ber.*, 30-31).

SECTION CINQUIÈME.

DE LA PRESCRIPTION.

Art. 194. Le droit d'exiger d'un autre un fait ou une abstention (prétention) est soumis à la prescription.

Art. 194. § I. L'article 194 ouvre la série des dispositions consacrées à la prescription extinctive; et il a été parfaitement entendu qu'en principe, tout au moins, cette prescription ne s'appliquait pas aux droits eux-mêmes. C'est ainsi par exemple que, dans la mesure où l'on accepterait qu'il y eût une prescription extinctive en matière de propriété et de droits réels, elle ne saurait avoir pour effet de faire disparaître le droit lui-même, puisque ce serait aboutir à en admettre l'extinction par non-usage, ce qui serait incompatible avec le caractère même de la propriété. Devait-elle alors s'appliquer à l'action née du droit? C'était la théorie classique et traditionnelle. Cette conception, depuis Windscheid surtout (*Pand.*, § 43), avait rencontré une assez vive opposition, étant donné que l'action peut être entravée dans son exercice par des obstacles tenant à la procédure ou à certaines modalités, qui n'empêchent pas le droit auquel elle correspond d'exister déjà, et d'exister souvent à l'état de droit particulier, distinct du rapport juridique sur lequel il se fonde. Ainsi le droit de revendiquer, en matière de propriété, est un droit distinct de la propriété, puisqu'il suppose un tiers qui porte atteinte à l'exercice de la propriété et contre lequel existe ce droit d'agir; et cependant, au moment où il naît, il peut se faire que l'action qui est destinée à le faire valoir ne puisse pas être exercée, ou que l'exercice en soit subordonné à certaines conditions qui n'affectent pas le droit d'agir, pris en tant que droit virtuel. Quelquefois aussi, il pourrait arriver que le droit d'agir précédât la naissance du droit à l'exécution; par exemple dans les cas où l'on pourrait avoir action pour des prestations futures (cf. C. Pr. all., art. 257, 259, et Leonh., p. 236). Même en matière d'obligation et de créance, on conçoit que le droit à élever une prétention, susceptible de se traduire par une poursuite judiciaire, existe déjà comme une réalité, sans qu'il y ait lieu à une action proprement dite, si ce n'est en tant que droit virtuel, par exemple si la créance consiste en prestations périodiques, en services continus, qui soient régulièrement fournis. Peut-on dire que le créancier, puisqu'il est régulièrement payé, ait une action? Il n'a

La prétention dérivant d'un rapport touchant au droit de famille n'est pas soumise à la prescription, en tant qu'elle a pour objet le

---

qu'un droit à une prétention personnelle, droit qui se renouvelle incessamment contre le débiteur, alors que le rapport juridique sur lequel il se fonde, et qui est la créance elle-même, constitue une unité juridique qui ne se divise pas en autant de droits distincts qu'il y a de prestations successives à fournir. Partant de là, la doctrine allemande a donc imaginé une notion intermédiaire entre le rapport de droit qui constitue le droit subjectif de l'individu et l'action qui sera le moyen de poursuite procédurale mis à sa disposition, notion incarnée dans l'*Anspruch*, expression pour laquelle il est difficile de trouver une traduction corrélative. Faute de mieux, il a fallu adopter l'expression malheureusement un peu vague de «prétention», laquelle ne répond à rien dans notre langue juridique; elle a le mérite de ne pas se confondre avec le droit lui-même et d'écarter l'idée d'une action à l'état de poursuite. Ce serait la prétention antérieure à l'action; et c'est bien là, en effet, l'idée impliquée dans l'*Anspruch* de l'article 194. On a voulu désigner par là, non pas le rapport juridique dans son ensemble, mais la faculté qui peut naître de ce rapport lui-même d'avoir à élever une revendication contre quelqu'un en vue d'exiger de lui tel ou tel fait compris dans le contenu du droit. Le mot «réclamation» est beaucoup trop susceptible de s'identifier avec l'idée d'une poursuite et, par suite, d'une action judiciaire. C'est cette faculté qui, d'après l'article 194, est déclarée prescriptible (cf. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht*, § I).

§ II. On aurait pu croire, d'après cela, vu la distinction établie entre cette faculté virtuelle et l'action elle-même, que la prescription eût commencé, au cas de droits à terme ou conditionnels, dès avant l'arrivée du terme ou de la condition; au moins eût-il pu sembler, au point de vue théorique, qu'il dût en être ainsi au cas de terme. Et cependant, s'il s'agit de terme destiné non seulement à retarder l'exécution mais la naissance du droit, cette solution, qui d'ailleurs eût été inacceptable en pratique et en équité, est implicitement repoussée par l'article 198, combiné avec les articles 158 et 163. Même s'il s'agit d'un simple délai d'exécution sans influence sur la naissance du droit, il y aura tout au moins suspension de prescription d'après l'article 202. Dans aucun cas, lorsqu'il y a un terme, quel que soit l'effet du terme, la prescription ne pourra commencer à courir avant l'arrivée du terme. Alors n'est-ce pas confondre la prétention au sens de l'*Anspruch* avec l'action, ce

rétablissement pour l'avenir d'un état de fait correspondant à ce rapport de droit.

---

que l'on appelait l'*actio nata?* Faudrait-il donc admettre qu'il y a une double conception de l'*Anspruch*, celle de la doctrine qui la considère comme indépendante de l'action, et celle du Code civil, en matière de prescription, qui tendrait à la confondre avec la possibilité d'exercice de l'action, l'*actio nata?* (Voir d'ailleurs note sur art. 198.) Sur tous ces points les opinions sont loin d'être d'accord (cf. Pl., I, p. 47-48, p. 243-244 et p. 249; Höld., p. 401 et suiv., p. 423; Leonh., § 55, § 63). Peut-être l'intérêt pratique le plus sensible de cette distinction est-il encore dans la diversité d'effets admise en matière de terme, suivant qu'il s'agit d'un terme proprement dit au sens de l'article 163, auquel cas on applique l'article 198, ou qu'il s'agit d'un simple délai d'exécution, soumis à l'application seulement de l'article 202. Et, d'autre part, si l'indépendance de l'*Anspruch* par rapport à l'action ne va pas sans difficulté, la distinction à établir entre elle et le droit lui-même demanderait également à être précisée. Si elle se comprend très bien en matière de propriété, là où il n'y a de prétention juridique, que là où il y a un tiers qui porte atteinte au droit, ce qui implique que la prescription n'atteigne que cette faculté de revendication à l'égard d'une personne déterminée, sans toucher au fond du droit, on ne voit pas bien en quoi consisterait la distinction en matière personnelle, là où le droit, pris en lui-même, comme la faculté de poursuite qui en résulte, n'existe que contre une personne déterminée : si cette dernière est prescrite, c'est forcément le droit qui est prescrit. Resterait, il est vrai, à poser la question en matière de prestations successives : il y a un droit de poursuite spécial, donc une prétention spéciale, pour chaque prestation, lequel se prescrit de façon distincte pour chacune d'elles; mais le droit lui-même qui sert de fondement à ces prestations peut-il également se prescrire? Ce n'est pas douteux, en tant qu'il y a un objet du droit, distinct des objets spéciaux à chaque prestation, comme lorsqu'il s'agit de la dette d'un capital indépendamment de celle relative aux intérêts successifs : il y a là deux faits exigibles différents qui, d'après la définition même de l'article 194, donnent lieu à des prétentions juridiques distinctes. Mais si l'on prend uniquement le droit aux prestations périodiques, et à plus forte raison un droit qui ne consiste que dans ces prestations, comme la rente viagère, par exemple, n'y a-t-il que des facultés de poursuite spéciales, que des prétentions juridiques spéciales à chaque annuité? Ou peut-on distinguer une *Anspruch* se référant au droit

lui-même et susceptible de conduire à une prescription du droit, distincte de la prescription des arrérages? La question se poserait également pour le droit aux dommages-intérêts, indépendamment du droit relatif au capital : une dette pourrait-elle cesser d'être productive d'intérêts, sans qu'elle soit éteinte par le fait même, parce qu'on aurait laissé passer trente ans sans exiger les intérêts? Ce qui impliquerait, en dehors des prétentions juridiques afférentes à chaque prestation spéciale, un droit de revendication virtuelle relatif au droit éventuel à des dommages-intérêts, donc une prétention juridique afférente au droit d'exiger des intérêts? Cette prétention juridique touchant au fond du droit se distinguerait de chacune des prétentions afférentes aux prestations périodiques successives, absolument comme, au cas de rente viagère, nos anciens auteurs disaient qu'il y avait un droit correspondant à la rente elle-même, prise dans son unité juridique, et ne se confondant pas avec la somme des arrérages successifs. Ce sont là des questions qui se rattachent dans une large mesure à la conception de l'*Anspruch;* ou plutôt, à supposer qu'elles doivent être résolues, en dehors de toute dépendance forcée avec une notion purement doctrinale et théorique, les solutions à leur donner doivent influer tout au moins sur la définition de l'*Anspruch* (cf. art. 201, note § IV). Aussi fallait-il indiquer ces questions elles-mêmes, afin de mieux montrer combien cette notion, dont la conception intermédiaire entre le droit et l'action apparaît assez précise au premier abord, est loin encore d'être nettement élucidée dans tous ses contours.

§ III. A la règle que toute prétention juridique reposant sur un rapport de droit est prescriptible, l'article 194 apporte une exception relative à celles qui ont leur fondement dans un rapport de famille. On aurait pu en donner pour motif qu'il s'agit là d'un droit absolu qui ne se perd jamais et que, même si l'on eût supposé prescrit le droit à obtenir telle ou telle prestation, comme en matière d'obligation d'entretien, ou à exiger tel ou tel fait, comme en matière de puissance paternelle, l'obligation d'entretien et la puissance paternelle n'étant pas éteintes par le fait même, et subsistant avec tous leurs attributs et toutes leurs conséquences à l'égard de qui que ce fût, l'action relative à cette prestation ou à ce fait particulier renaîtrait immédiatement, en tant que fondée sur une prétention juridique nouvelle, et la prescription serait non avenue. Ce n'est pas le raisonnement invoqué par les Motifs; c'est qu'il se fût appliqué à toutes les prétentions juridiques fondées sur un droit absolu, et entre autres à celles provenant d'un rapport de propriété. On se contente de faire remarquer que les prétentions nées d'un droit de famille ne sont pas accordées seulement à l'ayant droit dans son intérêt exclusif,

mais en vue des liens de famille et des intérêts du groupe familial, et qu'il ne peut lui être permis d'y renoncer par défaut d'exercice de son droit (cf. art. 1614). D'autre part, il s'agit de prétentions fondées sur des institutions légales touchant aux mœurs et à la morale, plus qu'au domaine juridique à proprement parler; ce sont là des droits répondant surtout à des devoirs de morale, lesquels ne se prescrivent pas (*M.*, I, 294). Cette disposition vise les actions appartenant aux membres de la famille les uns vis-à-vis des autres en vue de leurs rapports de famille, comme celles appartenant aux époux en vue d'exiger l'accomplissement des devoirs qui leur incombent en ce qui touche la vie commune, et également en vue de la réalisation de l'état de droit qui doit constituer le régime de leurs biens par rapport au mariage, de même toutes les actions dérivant de l'obligation alimentaire entre parents, celles fondées sur la puissance paternelle et autres exemples analogues. Mais on pourrait également comprendre sous cette dénomination des actions contre des tiers, comme par exemple l'action du père contre ceux qui retiennent l'enfant, en violation du droit de puissance paternelle (art. 1632). Toutefois l'exception ne s'applique que lorsqu'il s'agit d'une violation actuelle d'un droit de famille, donc d'un état de droit que l'on puisse revendiquer pour l'avenir. S'il s'agissait d'un droit qui ait été violé dans le passé et qu'il s'agisse uniquement de l'action répondant à cette violation du droit dans le passé, elle serait prescriptible (cf. art. 1613); cette restriction vise surtout les actions en dommages-intérêts relatives à une atteinte portée à un droit de famille dans le passé (Pl., § 194-2).

§ IV. On avait demandé dans les deux Commissions qu'il en fût de même des droits réels, qui sont également des droits absolusde leur nature, et on le demandait surtout du droit de propriété. On voulait, non seulement que le droit en lui-même fût imprescriptible, mais que les actions qui en dérivent, donc les prétentions juridiques contre un possesseur qui se fût emparé de la chose, fussent également imprescriptibles, pour la raison déjà indiquée qu'en matière de droit absolu, dès qu'une prétention juridique à laquelle le droit eût donné naissance se trouve éteinte, elle renaît aussitôt; et pour ce motif enfin que, si on s'opposait à ce qu'une nouvelle action pût s'ouvrir contre le même possesseur, pareille solution ferait de la propriété un droit relatif, n'existant plus contre tout le monde, un *dominium sine re*, un droit dépourvu de sanction, qui ne recouvrerait sa mise en valeur que si, la chose venant à sortir de la possession de celui entre les mains de qui elle se trouve, le propriétaire, resté propriétaire, pût faire valoir sa propriété à l'encontre d'un autre, qui ne pût lui-même opposer aucune prescription, puisque

la revendication qui se trouve prescrite ne serait pas celle existant contre lui. On demandait donc que les prétentions juridiques nées de la propriété ne pussent s'éteindre, comme la propriété elle-même, que par la prescription acquisitive du droit; il est vrai qu'en matière d'immeuble, et dans le système des livres fonciers, il n'y a plus d'usucapion à proprement parler, si ce n'est par la voie de la procédure de sommation publique dont parle l'article 927. Pour les meubles, l'acquisition par voie de prescription se réalise sous les conditions des articles 937 et suivants, sauf, au cas de tradition reçue de bonne foi, les atténuations des articles 932 et suivants. Ces objections n'ont pas prévalu, ni devant la première (*M.*, 293), ni devant la seconde (*Pr.*, 195-199) Commission.

§ V. On considéra que cette prescription des prétentions juridiques nées de la propriété n'était pas en contradiction avec l'imprescriptibilité du droit lui-même, mais en corrélation directe avec la conception que l'on devait se faire de la prétention toute relative correspondant à la revendication réelle. Cette revendication n'existe que contre une personne déterminée, alors que le droit existe contre tous, et loin d'épuiser le droit lui-même, elle le laisse parfaitement intact, c'est l'*Anspruch;* et pratiquement cette corrélation devait se traduire par le fait que la prescription de l'action contre un possesseur déterminé laisserait subsister la possibilité d'une nouvelle revendication contre un autre possesseur, qui ne fût pas l'ayant cause du premier. Également on donnait comme exemple le cas où un non-propriétaire eût été inscrit aux livres fonciers, ce qui laisse au vrai propriétaire le droit de réclamer la rectification de l'inscription (art. 894). Ce droit de réclamation était considéré comme une prétention juridique prescriptible, de telle sorte que le droit aurait subsisté dans ce cas en contradiction avec l'inscription elle-même (*Pr.*, I, 196). Ce dernier exemple était mis en avant, avant que l'on eût statué sur la question de savoir si ce droit de rectification devait rester véritablement ou non soumis à prescription. Quoi qu'il en soit, on ajoutait qu'en tout cas les inconvénients de la prescriptibilité seraient fort atténués, puisque, en tant qu'il s'agissait de droits inscrits aux livres fonciers, on devait admettre que, non seulement le droit immatriculé serait imprescriptible, mais qu'il en serait de même des actions et prétentions juridiques nées du droit lui-même (*M.*, III, 252-253; *Pr.*, III, 117-118; cf. art, 902). C'est cette opinion qui finit par l'emporter; l'article 194 ne contient pas de nouvelle exception à la prescriptibilité de l'*Anspruch,* il n'y a pas d'exception visant les prétentions nées d'un droit réel. On a considéré que, dans la mesure qui vient d'être indiquée, en tant que la prescription éteindrait l'action contre un possesseur en

particulier, tout en laissant subsister le droit en lui-même, cette solution répondait au but de la prescription, qui est d'empêcher les réclamations tardives et de s'opposer à l'insécurité générale qui en résulterait.

§ VI. Seulement, lorsqu'on en vint, devant la seconde Commission, à la partie relative aux droits réels, on fut d'avis de ne plus étendre cette prescriptibilité, comme on avait semblé le dire au premier abord (*Pr.*, I, 196), au droit de rectification du livre foncier, droit appartenant au vrai propriétaire (art. 898, et *Pr.*, III, 104-107). Il paraissait inacceptable, le livre foncier étant fait pour constituer une preuve publique et absolue de la propriété, qu'il pût arriver un moment où le vrai propriétaire perdît le droit de soulever la question de rectification, bien que, théoriquement tout au moins, il eût gardé son droit nominal de propriété; au moins aurait-il fallu subordonner l'extinction de ce droit de réclamation à la prescription de l'action lui appartenant contre le possesseur inscrit. Cette action en effet pouvait se prescrire, n'étant pas touchée par la règle de l'article 902. Il est vrai que, pour être valablement exercée, il eût fallu détruire la preuve résultant de l'inscription inexacte faite au livre foncier. Et alors pourquoi ne pas laisser subsister le droit de réclamer la rectification de cette inscription? On fit observer d'ailleurs que le droit de demander cette rectification n'était une *Anspruch* « prétention » que pour la forme, ne correspondant pas à un droit véritable contre quelqu'un, mais impliquant uniquement la nécessité de demander la participation d'un tiers pour la démonstration de son droit, ce qui rentrait dans le mécanisme des questions de preuve, auquel cas la prescriptibilité de l'*Anspruch* au sens de l'article 194 ne devait plus s'appliquer.

§ VII. Quoi qu'il en soit de cette raison théorique, on finit par admettre l'imprescriptibilité de ce droit de rectification (art. 898); si donc on ajoute à cette imprescriptibilité celle de l'article 902, on verra que la portée du principe implicitement contenu dans l'article 194, que les réclamations et prétentions nées de droits réels restent également prescriptibles, se réduit à fort peu de choses. On a cité cependant quelques cas intéressants, dont celui du créancier gagiste qui aurait perdu, sans son consentement, la possession de la chose et dont l'action réelle en restitution, action fondée sur le droit de gage, aurait pu, faute de prescriptibilité, être exercée sans aucune limitation de temps, alors cependant que l'action personnelle dont elle est l'accessoire reste prescriptible; et de même si l'on suppose une chose mobilière soumise à un droit d'usufruit et soustraite à la possession de l'usufruitier, fallait-il que celui-ci pût la revendiquer à perpétuité, tant que durait son usufruit? (*Pr.*, I, 198.)

Art. 195. Le délai de droit commun de la prescription est de trente années.

Art. 196. Se prescrivent par deux ans (1) les prétentions :

1° Des marchands, fabricants, artisans, et de ceux qui exercent une profession artistique, pour livraison de marchandises, exécution de travaux ou soins donnés aux affaires d'autrui, y compris les déboursés, à moins que la prestation n'ait été fournie pour les besoins d'une profession industrielle exercée par le débiteur (2);

Art. 196. (1) La nécessité d'abréger, pour un assez grand nombre de prétentions le délai de la prescription, repose, comme on l'a dit souvent (Pl., § 196), sur un motif de police juridique. On a voulu tout d'abord éviter les complications et difficultés qui résulteraient d'une poursuite tardive pour les affaires de la vie courante, alors qu'il n'est pas dans les usages, pour ces petites opérations, d'en garder trace par écrit, ou de conserver longtemps les quittances, de telle sorte que même pour le débiteur le souvenir exact de ce qui lui a été fourni peut arriver bien vite à s'obscurcir. Il faut donc imposer un règlement très rapproché de l'échéance. D'autre part, on a voulu, en outre, lutter en quelque sorte contre les abus du crédit et des opérations à crédit, qui, par les entraînements qu'elles comportent, lorsqu'il s'agit d'opérations de la vie de tous les jours, facilitent la ruine du débiteur et nuisent à l'épargne (*M.*, 298). En général, il s'agit de dépenses qui doivent être couvertes au moyen des revenus de l'année courante (cf. *Pr.*, 204-205); en prolongeant le délai de prescription d'une année, on permet aux fournisseurs d'accorder encore un crédit d'un an. Mais il importait de ne pas aller au delà.

(2) § 1. Le mot «marchands» de l'article 196 doit être compris au sens admis par le Code de commerce (art. 1 et suiv.), au sens d'ailleurs que l'on a en vue en droit français, lorsqu'on parle, par exemple, de la femme marchande publique. Il s'agit donc des commerçants sans distinction; on a voulu leur adjoindre ceux qui peuvent exercer une profession industrielle, sans être des commerçants proprement dits. Et d'ailleurs, en spécifiant que l'action devrait avoir pour cause une livraison de marchandises, une exécution de travaux, on a voulu faire allusion, en ce qui touche les clients des marchands et industriels, à ces opérations courantes que l'on avait en vue. On a voulu viser après

2° De ceux qui s'occupent d'exploitation agricole ou forestière, pour livraison de produits provenant de cette exploi-

---

coup, le cas où les industriels et commerçants se mettraient au service d'autrui, pour s'occuper de leurs intérêts et veiller à l'entretien de leurs affaires ou de tels ou tels objets qui leur auraient été confiés (*Pr.*, 207-208). Cela comprend également le commissionnaire au sens de l'article 383 C. C^es all., lequel fait l'affaire d'autrui, sans cependant livrer lui-même des marchandises ou exécuter des travaux matériels pour autrui, puisqu'il s'occupe uniquement de faire procurer cette livraison par d'autres; et c'est une façon de s'occuper des affaires d'autrui. A plus forte raison, a-t-on voulu viser les agents d'affaires proprement dits et tous ceux qui, par profession commerciale, s'occupent de gérance pour autrui.

§ II. Mais le premier Projet allait beaucoup plus loin : il admettait pleine réciprocité pour livraison de marchandises même entre commerçants; ou plutôt il ne distinguait pas suivant que ces livraisons émanant d'un commerçant avaient été faites à un marchand pour sa profession ou à toute autre personne (art. 156, § 1°, P^1, et *M.*, 301). Cette extension de la prescription abrégée aux fournitures faites aux commerçants et industriels, alors qu'il ne s'agit plus d'affaires de la vie courante, et qu'au contraire il peut être indispensable de ménager aux commerçants entre eux d'assez longs crédits, a paru inacceptable devant la seconde Commission. On fit observer que les gros commerçants qui fournissent des marchandises aux petits détaillants, à la campagne surtout, sont bien souvent obligés d'accorder à ceux-ci de très longs crédits, lorsque par exemple la récolte a manqué, et que ces petits marchands sont obligés eux-mêmes de prolonger les crédits faits à leurs clients. On ne pouvait pas supprimer cette possibilité de crédit en obligeant leurs fournisseurs commerçants à les poursuivre dans un délai réduit à deux ans. Il pouvait être bon d'entraver le crédit pour le commerce de détail, mais non pour le commerce en gros : restreindre le crédit par rapport à la vente, mais non par rapport aux approvisionnements commerciaux (*Pr.*, 203-204). Ainsi s'explique la restriction finale apportée au texte, et qui vise les fournitures émanant d'industriels au profit d'industriels, mais à la condition qu'elles soient faites pour l'exercice de l'industrie de ces derniers. On avait bien protesté devant la Commission du Reichstag contre cette restriction, et l'on avait proposé de revenir au système du premier Projet, sous prétexte que la situation des petits détaillants par rapport aux marchands en gros est

tation agricole ou forestière, en tant que la livraison était faite au débiteur pour être consommée dans son ménage (3);

3° Des entreprises de chemins de fer, des voituriers, bateliers, conducteurs de voitures et messagers, pour prix de transport, port, prix de voiture et salaire des messagers, y compris les déboursés;

4° Des hôteliers et de ceux qui font profession de fournir aliments et boissons, pour avoir fourni logement et nourriture, comme pour toutes autres prestations fournies à leurs hôtes, pour la satisfaction de leurs besoins, y compris les déboursés;

5° De ceux qui placent des billets de loterie, pour le prix de ces billets, à moins que ceux-ci ne soient livrés pour être replacés (4);

6° De ceux qui, par profession industrielle, louent des objets mobiliers, pour le prix de location;

7° De ceux qui, sans appartenir à la catégorie des personnes désignées au n° 1, s'occupent, par profession indus-

---

la même que celle des clients par rapport à leurs fournisseurs : même irrégularité dans la comptabilité; mêmes habitudes de payements au comptant; mêmes dangers de l'accumulation des crédits; et la crainte, en outre, d'un certain genre d'exploitation consistant, de la part des marchands en gros, à placer un stock excessif de marchandises grâce à la prolongation des crédits. Mais l'amendement n'en fut pas moins repoussé par la Commission (*Ber.*, 31-32).

§ III. Cependant, même lorsque la prestation est faite au profit d'un commerçant, on finit par écarter la prescription du droit commun, pour admettre celle de quatre ans (cf. *infra*, note 13).

(3) Cf. *infra*, note 13.

(4) Cette catégorie a été ajoutée par la seconde Commission comme conséquence de la disposition de l'article 763 (*Pr.*, 207). Cf. *in fine*, note 13.

trielle, de soins à donner aux affaires d'autrui ou de services à prester, pour les rémunérations qui leur seraient dues du chef de leur industrie, y compris les déboursés (5);

8° De ceux qui sont en service privé, pour appointements, gages et autres sommes à toucher comme prix des services, y compris les déboursés, de même que de ceux qui ont droit aux services, pour avances fournies sur les prétentions dont les objets viennent d'être énumérés (6);

9° Des travailleurs employés dans l'industrie, — garçons, aides, apprentis, ouvriers de fabrique, — des hommes de journée et manœuvres, pour leur salaire, et autres prestations convenues, stipulées comme équi-

---

(5) Ce paragraphe ne vise pas le commissionnaire, lequel est un commerçant et dont il a été parlé déjà tacitement dans le n° 1 (*supra*, note 2); mais il faudrait comprendre sous cette disposition tous les industriels, les placeurs, les agents d'affaires, et tous ceux qui s'occuperaient de gérances ou qui s'occuperaient de placer des employés ou gens de service, sans pour cela rentrer dans la catégorie des commerçants, dès qu'ils s'entremettent pour un service pour autrui (*Pr.*, 207). Or il peut n'être pas sans intérêt de rechercher si l'industriel dont la créance est soumise à la prescription abrégée rentre dans la catégorie visée au n° 7 ou dans celle du n° 1, à cause de la restriction signalée au n° 1. D'ailleurs, en parlant de ceux qui par profession s'occupent de services à rendre à autrui, on fait allusion, non pas seulement aux bureaux de placement, mais aux personnes qui, sans être au service privé de quelqu'un, font profession de louer leurs services, comme par exemple les gardes-malades, de même une sage-femme, ou un serveur qui se louerait pour bals ou soirées.

(6) Cette extension de la prescription abrégée à la créance des maîtres et patrons pour leurs avances à leurs domestiques et employés est une innovation de la Commission du Reichstag (*Ber.*, 32). Elle a paru devoir s'imposer par voie de réciprocité, bien que le premier Projet ait cru cette extension inutile (*M.*, 304).

valent total ou partiel du salaire, y compris les déboursés, de même que des employeurs pour avances fournies sur les prétentions dont les objets viennent d'être énumérés (7);

10° Des maîtres et patrons d'apprentissage, pour le prix d'apprentissage et autres prestations convenues dans le contrat d'apprentissage, ainsi que pour les déboursés faits au profit des apprentis;

11° Des établissements publics qui sont consacrés à l'enseignement, à l'éducation, aux soins ou à des traitements médicaux pour particuliers, de même que de ceux qui tiennent un établissement privé de même nature, pour le fait d'avoir procuré enseignement, soins ou traitement et pour les dépenses qui s'y rattachent (8);

---

(7) Même extension pour la créance du patron, déjà admise par le premier Projet quand il s'agissait d'avances faites aux ouvriers proprement dits (art. 156-14°-P'), et généralisée par la Commission du Reichstag par rapport à tous les travailleurs désignés dans le n° 9. On avait proposé de l'appliquer à toutes les créances du patron nées du contrat de travail; ce qui aurait compris même la créance d'indemnité contre les ouvriers pour dommages résultant d'une faute grave. Et cependant il aurait pu se faire que l'on eût mis longtemps à déterminer la responsabilité de l'ouvrier. Cette seconde partie de l'amendement fut repoussée (*Ber.*, 32).

(8) On avait proposé, devant la seconde Commission, que, pour les créances dont il est ici question, et pour celles des catégories suivantes, principalement celles des médecins et chirurgiens, au lieu de la prescription de deux ans de l'article 196, on admît seulement celle de quatre ans de l'article 197. Il ne s'agit plus là de ces petites dépenses plus ou moins imprévues susceptibles de s'accumuler et de s'oublier, et qui ne doivent être prises que sur les revenus courants. Il s'agit au contraire de dettes, celles des médecins, notaires, maîtres de pensions et autres de ce genre, pour lesquels il est assez d'usage d'accorder d'assez longs crédits; aussi paraissait-il au moins opportun de ne les soumettre qu'à la prescription de quatre ans. Cet amendement fut rejeté; on a considéré qu'entre les créances de cette sorte et celles de l'article 197,

12° De ceux qui recueillent chez eux des personnes à soigner ou à élever, pour prestations et dépenses de la catégorie indiquée au n° 11;

13° Des professeurs publics ou privés, pour leurs honoraires, à l'exception des prétentions appartenant aux professeurs de l'enseignement public, lorsque, sur la base de règlements spéciaux, l'échéance en a été soumise à un délai d'exécution (9);

14° Des médecins, et notamment aussi celles des chirurgiens, accoucheurs, dentistes et vétérinaires, de même que celles des sages-femmes, pour leurs soins et services, y compris les déboursés (10);

---

qui supposent des échéances fixes, il n'y avait aucune assimilation à faire, tandis qu'il n'y avait aucune invraisemblance à les rapprocher des dépenses courantes dont parle l'article 196; d'autant que, s'il est admis que certaines des personnes désignées aux numéros 11 et suivants fassent d'assez longs crédits, par exemple pour plus de deux ans, elles ne manqueront pas d'exiger une reconnaissance de dette, ce qui interrompra la prescription (*Pr.*, 204-205). Il faut noter enfin, pour ce qui est des créances spécialement visées au numéro 11, qu'il ne s'agit pas de la rétribution scolaire qui pourrait être due à l'État; le Code civil n'avait pas à s'expliquer sur ce point, s'agissant d'une matière qui touche au domaine du droit public, domaine auquel le Code civil reste étranger (*M.*, I, 301; *Pr.*, 205).

(9) La réserve finale, admise pour les maîtres de l'enseignement public, s'explique par le fait que, presque toujours, ces délais, lesquels sont accordés sur la base de règlements spéciaux à l'établissement dont le maître dépend, sont accordés pour une échéance indéterminée, jusqu'au moment où le débiteur sera plus en fonds, et qu'il est très difficile dans ce cas de savoir à quel moment s'est produit ce relèvement dans les affaires du débiteur qui doit servir de point de départ à la prescription, de telle sorte qu'avec un délai aussi court que celui de deux années, on aurait pu soutenir que la créance fût éteinte avant que le créancier ait pu savoir que la prescription eût commencé à courir (*M.*, 302).

(10) L'article 156-8 P' mentionnait également ceux qui, sans être offi-

15° Des avocats-avoués, notaires et huissiers, comme de toutes les personnes qui sont investies de la fonction publique, ou qui jouissent de la faculté, de s'occuper de certaines affaires déterminées, pour le montant des taxes qui leur reviennent et celui de leurs déboursés, en tant qu'il ne s'agit pas de sommes destinées à une caisse d'État (11);

16° Des parties pour les avances fournies à leurs avocats-avoués;

17° Des témoins et des experts, pour le montant des taxes qui leur reviennent et celui de leurs déboursés (12).

---

ciellement approuvés, donneraient des soins ou rendraient des services analogues à ceux des médecins ou sages-femmes en titre. Cette assimilation avait été critiquée par le XVIIe Congrès des médecins allemands; et d'ailleurs il y avait lieu de remarquer que, si ces personnes exerçaient une industrie professionnelle, leurs créances seraient comprises dans la catégorie de celles visées au numéro 7; de telle sorte que, dans ce cas, on ne pourrait pas dire que les garanties qui leur seraient accordées pourraient être supérieures à celles protégeant les droits des médecins en titre (*Pr.*, 207). Aussi cette assimilation fut-elle supprimée par la seconde Commission. Voir, en outre, les observations faites à la note 8, *supra*.

(11) Cf. également note 8, *supra*. La réserve faite pour le cas où la rétribution devrait aller à une caisse publique a été demandée devant la seconde Commission par le Ministre de la justice du royaume de Prusse; il objecta avec raison que, bien souvent, les irrégularités relatives aux encaissements à faire par les caisses publiques ne sont relevées qu'après un assez long temps sur les observations de la Chambre des comptes, et qu'on s'exposerait, si l'on admettait une prescription trop courte, à ce que, l'action étant éteinte, la responsabilité en incombât tout entière au fonctionnaire qui eût négligé de poursuivre à temps (*Pr.*, 206).

(12) Est réservée de plein droit, en vertu de l'article 32 L. Intr., la disposition de l'article 16 al. 2 de la *Gebühren-Ordn.* du 30 juin 1878 (*Reichs. Gesetzbl.*, p. 173), d'après laquelle se trouve établi un délai de forclusion spécial, que l'article 196-17° laisse subsister (cf. art. 156-7° P^1, et *Pr.*, p. 206-207).

Dans le cas où les prétentions visées à l'alinéa 1 n°s 1, 2, 5 ne sont pas soumises à la prescription de deux ans, elles se prescrivent par quatre ans (13).

Art. 197. Se prescrivent par quatre ans les prétentions pour

---

(13) Ce second alinéa a été ajouté par le Bundesrath pour tous les cas où les créances des marchands, agriculteurs et placeurs de billets de loterie ne se prescrivent plus par deux ans, parce que les fournitures auraient été faites à un commerçant, ou qu'elles n'eussent pas été faites pour la consommation domestique, ou que les billets soient placés pour être revendus; dans ce cas, il a paru qu'il serait trop rigoureux d'appliquer la prescription de trente ans; et l'on avait proposé cinq ans (art. 191, *in fine*, P^{4}). La Commission du Reichstag n'a pas voulu admettre un troisième délai de prescription abrégée, et a fixé, au lieu de cinq ans, quatre années, comme pour le cas de l'article 197 (*Ber.*, 32).

Art. 197. Il est de tradition qu'en matière de prestations périodiques il y ait lieu à prescription abrégée; on a voulu s'opposer, autant que possible, à l'accumulation des intérêts et arrérages. Toutefois le premier Projet ne l'avait admis que pour les intérêts conventionnels, pour cette raison que, presque toujours, lorsque les intérêts sont dus en vertu d'une disposition de la loi, comme au cas de demeure, le créancier n'en fait pas l'objet d'une poursuite distincte de celle relative à la créance principale, de telle sorte que le droit à ces intérêts ne devrait pouvoir se prescrire qu'en même temps que la créance à laquelle ils se sont surajoutés. La seconde Commission a rejeté cette distinction pour des raisons de pratique qui s'imposaient, du moment qu'il importait d'entraver, aussi bien dans ces hypothèses que lorsqu'il s'agit d'intérêts conventionnels, l'accumulation des arriérés. Il faudrait donc soumettre à la prescription de quatre ans la demande relative aux intérêts légaux de l'article 288; mais il n'en serait plus de même, si en dehors de ces intérêts moratoires, une indemnité supérieure était réclamée (art. 288 *in fine*) : cette dernière prétention ne rentrerait plus dans la catégorie des intérêts (Pl., § 197). Mais le premier Projet ne parlait pas des annuités qui, très souvent, s'ajoutent aux intérêts en vue de l'amortissement du capital. Les Motifs (I, 306) considéraient toutefois qu'elles se trouvaient tacitement comprises au nombre des prestations périodiques dont parlait l'article 157 P^{1} *in fine*, du moment qu'il s'agissait bien d'annuités d'amortissement, et non de payements partiels et

arriérés d'intérêts, y compris le montant des sommes à acquitter comme supplément d'intérêts en vue de l'amortissement successif

---

fractionnés du capital. Mais, devant la seconde Commission, le principe même de cette assimilation fut très vivement contesté. Ce sont là des parts du capital constituant un remboursement anticipé, et qui ne représentent pas la rémunération de la jouissance relative au capital prêté. Aussi paraissait-il absolument juste, au moins en théorie, de leur appliquer la prescription admise pour le droit au capital. Sans doute lorsque au lieu du capital on a stipulé une rente, les annuités qui s'y réfèrent se prescrivent par quatre ans; mais c'est qu'en pareil cas le capital n'est pas rachetable, et on ne peut plus dire que les annuités représentent une part du capital, et encore moins un remboursement successif du capital (*Pr.*, 209, 212-214). Ce raisonnement n'a pas prévalu. Car, s'il était exact au point de vue purement théorique, il allait contre toutes les données de la pratique. Dans les usages du commerce, ces annuités d'amortissement, lorsqu'elles s'ajoutent aux intérêts, sont assimilées à ces dernières; et, en tout cas, les mêmes raisons qui avaient fait abréger la prescription en matière de prestations périodiques devaient s'appliquer ici. Aussi a-t-on voulu exprimer par une disposition expresse (*Pr.*, 215) ce que les Motifs n'avaient admis que sous forme tacite. Seulement il sera peut-être parfois assez difficile de distinguer quand il y aura vraiment annuité d'amortissement se superposant aux intérêts, et quand au contraire il y aura un capital fractionné en payements partiels et successifs (cf. Höld., 422). Quant aux loyers et fermages, on a fait remarquer avec raison (Pl., § 197) qu'ils sont soumis à la prescription de quatre ans sans distinction ni réserve, et alors même qu'au lieu d'être payés par échéances périodiques, ils le seraient en une seule fois. Pour ce qui est des autres annuités mentionnées dans l'article 197, il n'y a guère à signaler que celles provenant de stipulations faites en matière d'arrangements de famille: il s'agit, au fond, de pensions alimentaires, généralement stipulées par des parents qui abandonnent leurs biens ou une partie de leurs biens, le plus souvent un domaine rural, à leurs enfants ou héritiers, comme serait une rente stipulée au cas de partage d'ascendants. Mais, si le plus souvent la rente provient de la cession d'un fonds, elle peut aussi être due en retour d'un abandon en argent (cf. art. 96 L. Intr., et Niedner, *Das Einführungsgesetz*, art. 96, p. 172; *M.*, II, 636). Il faut ajouter enfin que la plupart des lois d'exécution ont complété, pour l'État auquel elles se réfèrent, l'énumération de l'article 197. Pour la Prusse, par exemple, voir *Preuss. Ausf. Ges.*, art. 8.

du capital, les prétentions pour arriérés de loyers en matière de louage ou fermage, en tant qu'elles ne tombent pas sous la règle de l'article 196 al. 1 n° 6, et les prétentions pour arriérés de rentes, annuités et réserves en matière de cessions de biens, traitements, soldes de disponibilité, retraites, pensions alimentaires, et toutes autres prestations périodiques à échéances régulières.

Art. 198. La prescription commence à courir du jour où il y a

---

Art. 198. § I. Pour se rendre un compte exact de la règle admise par l'article 198 en ce qui touche le commencement de la prescription, il faut être au courant des théories et des controverses émises, depuis Savigny, à propos de ce qu'on appelait la «naissance de l'action», l'*actio nata*, puisque la prescription était envisagée surtout comme une prescription de l'action, et que cette dernière devait avoir pris naissance pour pouvoir être prescrite. L'idée dominante était que, pour que la prescription commençât à courir, il fallait qu'il y eût une violation du droit contre lequel la prescription allait courir. On ne pouvait reprocher au créancier, ou, d'une façon générale, au titulaire du droit, son abstention en ce qui touche l'exercice de l'action, que si cette dernière en fait pouvait être intentée, ce qui supposait une atteinte au droit lui-même, une violation du droit; de sorte qu'il eût fallu logiquement en conclure que la prescription n'aurait pu commencer qu'une fois le débiteur en demeure. En particulier, lorsque, sans qu'il y eût de terme à proprement parler, l'obligation du débiteur dépendait d'une réclamation à attendre de la part du créancier, comme par exemple au cas de dépôt, également au cas de prêt, lorsque aucune échéance n'avait été fixée et qu'il était entendu que l'emprunteur pourrait garder la somme fixée tant que le créancier ne la réclamerait pas, il eût fallu attendre, pour que la prescription fût commencée, qu'il y ait eu réclamation non suivie de résultat; et à plus forte raison devait-il en être ainsi, lorsque l'obligation de restituer était subordonnée à une véritable sommation, ou que, d'une façon générale, l'obligation du débiteur était subordonnée à un congé ou à une sommation à recevoir du créancier. Mais, avec les théories sur l'*Anspruch* (note sur art. 194), d'autres conceptions s'étaient fait jour. Et, entre autres, il était admis que l'*Anspruch* existait, avant toute violation du droit proprement dite, puisqu'elle se distinguait de l'action, et qu'elle était le droit d'action, considérécomme droit virtuel plutôt que comme

naissance de la prétention. Si cette dernière porte sur une abstention, la prescription commence au moment où il est contrevenu à cette abstention.

---

droit actuel. Il fallait donc se contenter, pour la prescription, du fait que ce droit n'avait pas reçu satisfaction, sans exiger qu'il ait subi une violation, ou une atteinte à proprement parler; et il devait en être ainsi principalement dans les cas où l'obligation du débiteur, sans être soumise à un terme véritable, dépendait d'une déclaration à intervenir de la part du créancier. Celui-ci n'avait qu'un mot à dire pour obtenir ce qui lui était dû; s'il ne le disait pas, c'était exactement comme si, ayant déjà le droit d'agir, il n'eût pas exercé son action. On en concluait que les raisons qui avaient fait admettre la prescription dès qu'une poursuite pouvait être intentée sur le fondement d'une atteinte au droit devaient conduire à la même solution dès qu'il dépendait du créancier d'obtenir ce qui lui était dû au moyen d'une simple réclamation de sa part. La conséquence était que la prescription devait commencer à courir dès que l'*Anspruch* était née, sans exiger que l'action fût actuellement née; et l'on voit l'intérêt pratique qu'il y a, si l'on admet cette solution, à dire qu'il s'agit d'une prescription de l'*Anspruch*, et non d'une prescription de l'action (note sur art. 194) : on se contente d'une prétention juridique, déjà née, et qui n'a pas reçu satisfaction, sans exiger qu'elle ait subi une violation proprement dite. Aussi y a-t-il à distinguer la non-satisfaction du droit et sa violation (cf. Wind., § 107; Reg., § 183; et, dans un sens un peu différent, Dernb., § 146).

§ II. On voit donc que c'est cette dernière conception que l'article 198 a voulu consacrer comme principe, puisqu'il pose en règle que la prescription commence avec la naissance de l'*Anspruch*. Il est vrai qu'à cette règle certaines atténuations ont été apportées résultant de la conception que l'on s'est faite de la naissance de l'*Anspruch* (*infra*, § IV); d'autre part, cette règle doit être combinée avec les dispositions complémentaires des articles 199 et 200 et de même avec la disposition de l'article 202 sur la suspension de la prescription. Donc, sans empiéter sur les applications susceptibles de rentrer sous l'empire des articles 199 et 200, on peut déjà conclure de l'article 198 les conséquences suivantes, que le commencement de la prescription est indépendant de la demeure du débiteur, et également que, si l'on a fait un dépôt en stipulant que le dépositaire devra rendre la chose sur réclamation du déposant, l'action personnelle née du dépôt commencera à se prescrire dès le dépôt effectué

(Pl., p. 249; cf. Wind., § 107[5]). En serait-il de même dans ce dernier cas de la revendication du déposant en tant que propriétaire de la chose déposée? La question dépend de ce que l'on doit entendre par la «naissance» de l'*Anspruch* au cas de droit réel; l'*Anspruch* existe-t-elle dès que le propriétaire peut demander restitution de la chose (art. 985)? S'il en est ainsi, la prescription de l'action réelle se confondrait avec celle de l'action personnelle. Ou bien faut-il considérer qu'il y a, en matière de propriété, une *Anspruch* déjà virtuellement existante et dont l'objet serait le respect, de la part de chacun, du droit appartenant au propriétaire, dont l'objet par conséquent serait d'exiger une abstention de la part de tous, de telle sorte que, d'après l'article 198-2° lui-même, la prescription ne commencerait que lorsqu'il y aurait violation de cette obligation de s'abstenir? Il faudrait exiger alors une atteinte au droit, donc de la part du dépositaire une résistance à la réclamation du déposant (cf. Kipp sur *Windt.*, I, § 43, p. 160). Mais cette conception aurait le tort, en matière de droits réels ou de droits absolus, d'identifier l'*Anspruch* avec le droit lui-même; celle-ci ne naît que dès qu'il y a une prétention possible contre quelqu'un, et il ne paraît pas indispensable d'exiger que cette prétention s'identifie avec une violation du droit proprement dite; donc le seul fait que le propriétaire ait un droit à restitution devrait suffire (art. 985, cf. Pl., p. 249). Et de même en sera-t-il pour tous les droits absolus; la prétention existe dès qu'existe un état de fait contraire au droit, sans exiger forcément que cet état de fait implique violation du droit : non-satisfaction du droit n'équivaut pas forcément à violation d'un droit. Ainsi la prescription des actions résultant du droit au nom commence dès qu'il y a, de la part d'un tiers, un fait qui soit en contradiction avec le droit au nom (Pl., p. 249).

§ III. On aurait pu croire cependant, d'après ce qui précède, et d'après la conception de l'*Anspruch*, telle qu'elle a été indiquée sous l'article 194, que, même en matière de droits conditionnels et de droits à terme, au moins en matière de droits à terme, au sens courant du mot dans la terminologie française, la prétention fût déjà née, de sorte que théoriquement la prescription aurait pu commencer, solution d'ailleurs toute théorique, puisqu'elle eût été suspendue en vertu de l'article 202; et cette conception eût été conforme à celle de l'article 2257 C. civ. fr. Telle n'est pas la conception de l'article 198, bien que certains auteurs paraissent s'en tenir encore à cette dernière conception, en tant que conception doctrinale (cf. Leonh., p. 235, note 2). Quoi qu'il en soit, d'après le Code civil, il ne faut pas dire qu'en matière de droits à terme ou conditionnels, la prescription est suspendue : c'est l'*Anspruch* qui n'est pas née. Il importe, en effet, de distinguer le cas où, la prétention existant déjà,

c'est l'obligation pour le débiteur de l'exécuter qui n'est pas encore née, comme au cas de dépôt, de l'hypothèse où c'est la prétention elle-même qui n'existe pas, puisqu'il ne dépend pas de l'ayant droit de la faire valoir en justice. Cette prétention, ainsi définie, s'il s'agit de droits à terme ou conditionnels, ne naîtra qu'à l'arrivée du terme ou de la condition. L'article 158, § 2, P[1] le disait expressément; l'article 198 a jugé cette disposition inutile, puisqu'elle ressortait expressément de la définition du terme et de la condition (art. 158 et 163). Seulement, lorsqu'il s'agit de terme, cela n'est vrai qu'en tant que le terme doive retarder la naissance du droit lui-même (note sur art. 163). S'il avait pour but seulement d'en reculer la mise en œuvre, la question se poserait d'une façon différente; il y aurait à se demander si ce n'est pas le lieu d'appliquer alors l'article 202. C'est l'un des intérêts qu'il y a, comme on le voit, à distinguer entre les deux catégories de termes, l'un qui n'est qu'une condition à échéance certaine, et l'autre qui ne constitue qu'une suspension du droit de poursuite.

§ IV. Mais on peut supposer, sans qu'il y ait de terme à proprement parler, c'est-à-dire de terme à échéance fixe, que le droit d'agir en justice dépende d'un choix à faire par l'ayant droit, donc d'une pure déclaration de volonté de sa part : c'est pour cette hypothèse que l'on avait remis en honneur l'adage emprunté aux glossateurs : « *Toties præscribitur actioni nondum natæ, quoties nativitas ejus est in potestate creditoris.* » Lorsqu'il dépend de la pure volonté du créancier de faire naître le droit d'action, cela équivaut, dit-on, à l'hypothèse où celui-ci est déjà né; et cet adage visait surtout les cas de prêt sans échéance fixe, lorsque l'emprunteur doit rembourser sur la simple réclamation, ou tout au moins sur la sommation, du créancier; cette théorie visait aussi les hypothèses où c'est la naissance même d'un contrat ou encore sa résiliation qui dépend d'une déclaration de volonté, comme au cas de réméré, — ici c'est la revente qui dépend de la volonté du premier vendeur, — ou encore au cas de résiliation ou de droit de retrait, légal ou conventionnel, — et ici c'est la rupture du contrat qui dépend de la volonté de l'une des parties. D'après la théorie générale, on ne distinguait guère ces hypothèses de celles dont il a été question au cas de dépôt : l'*Anspruch* serait considérée comme existant déjà ; seule l'action serait dépendante d'une réclamation à adresser au débiteur ; mais l'*Anspruch* n'est pas l'action. L'article 158 § 3 P[1] acceptait cette conception d'une façon très large (*M.*, I., 308-309). La seconde Commission a considéré, au point de vue des conséquences pratiques qui en résulteraient, que cette généralisation doctrinaire n'irait pas sans inconvénients. Il lui a paru qu'il fallait distinguer l'hypothèse où la prétention existe déjà, parce que le

contrat existe, mais que ce soit seulement sa mise en œuvre qui dépende d'un acte de volonté du créancier, du cas où cet acte de volonté aurait pour effet non plus de donner ouverture à l'action, mais de donner naissance à la prétention elle-même, parce qu'il s'agissait d'une prétention dépendant soit de la naissance, soit de la rupture d'un contrat, et que c'est le contrat lui-même ou sa résiliation qui dépende de la déclaration à intervenir. Et c'était le cas, par exemple, du réméré ou du droit de retrait. Le réméré dépend d'une pure déclaration de volonté (art. 497). Mais c'est cette déclaration de volonté qui fait naître le contrat de revente et qui, par suite, donne naissance à la prétention juridique qui en résultera au profit du vendeur initial : l'*Anspruch* relative à la restitution de la chose, ou plutôt à sa livraison, ne naît que par l'exercice du réméré. La seconde Commission ne voulut pas admettre que cette action ait pu commencer à se prescrire du jour où le réméré aurait pu être exercé, c'est-à-dire du jour où il a été stipulé dans la vente initiale, surtout dans l'éventualité où le délai mis à son exercice eût été fixé à trente ans (art. 503, *Pr.*, 211). Même solution pour le cas de retrait (art. 346), bien que celui-ci opère par simple déclaration (art. 349). Cette déclaration seule opère rupture du contrat, et de cette rupture dépendent le droit à restitution et la prétention juridique qui en résulte. Partant de là, on a supprimé purement et simplement la disposition de l'article 158 al. 3 P[1], et l'on a considéré que, du seul principe de l'article 198, se déduiraient logiquement les solutions qui précèdent et, par suite, la distinction entre les hypothèses qui viennent d'être exposées et celle relative au cas de dépôt et autres analogues. C'est qu'en effet cette distinction répond à celle admise et prévue par l'article 163, suivant que le terme a pour but de reculer soit les effets d'un acte juridique, soit leur mise à exécution : dans les hypothèses qui viennent d'être prévues, la déclaration de volonté valait comme une condition, ou comme un terme à échéance indéterminée, desquels dût dépendre la naissance même du droit : donc la prétention n'était pas née, et il suffisait alors de s'en référer, pour le point de départ de la prescription, au principe général de l'article 198.

§ V. Enfin la règle de l'article 198 reçoit une véritable exception pour le cas où le droit consiste à exiger une abstention ; dans ce cas, la prescription ne commence pas du jour où l'action est née, mais du jour où intervient un fait contraire à cette obligation d'abstention. On sait déjà (*supra*, § II) que, par cette allusion, on n'a pas entendu viser l'obligation d'abstention résultant des droits réels, puisque, dans ce cas, l'*Anspruch* ne naît que dès qu'il y a un état de fait contraire au droit, dès qu'il y a eu, par conséquent, un fait positif de la part d'une personne déterminée, lequel soit en contradiction

Art. 199. Si l'ayant droit ne peut exiger la prestation qu'après dénonciation adressée à l'obligé, la prescription commence à partir

---

avec le droit du propriétaire ou de l'ayant droit en général. Mais cette disposition de l'article 198 s'appliquerait si un propriétaire s'était engagé par contrat à ne pas exercer telle ou telle faculté dépendant de son droit de propriété. Si cette obligation d'abstention résultait de la constitution d'une servitude (art. 1018), on peut se demander si l'on doit appliquer les règles ordinaires relatives aux droits réels, telles qu'elles viennent d'être rappelées, ou invoquer la seconde disposition de l'article 198 (Pl., 249). Pratiquement la question est à peu près sans intérêt. D'ailleurs il faut rappeler qu'en matière de servitudes foncières, il y aura rarement lieu à prescription, et cela en vertu de l'article 902. On pourrait songer cependant au cas des articles 901 et 1028 (cf. également art. 184, 187 L. Intr., et Pl., § 198-2).

Art. 199. § I. L'article 199 traite de l'hypothèse, si vivement controversée, dans laquelle la prestation, au lieu d'être fixée à une échéance ferme, ne doit intervenir que sur avis. et par conséquent sur réclamation du créancier ; ce qui comprendrait sans doute les cas de dépôt, dont il a déjà été parlé, lorsque la restitution doit se faire sur la demande du déposant, et également le cas de prêt, au moins lorsqu'il ne portait pas intérêt, lorsque le remboursement n'avait à se produire que sur avis du prêteur, toutes hypothèses où le terme d'exécution est laissé à la libre disposition de l'ayant droit. Mais il y avait d'autres cas, un peu plus compliqués, susceptibles de rentrer dans cette hypothèse, et pour lesquels surtout la difficulté s'était élevée. Il s'agissait du cas où cet avis d'avoir à exécuter impliquerait, de la part du créancier, non pas une simple demande d'exécution, mais l'abandon d'un droit, comme par exemple si le prêt était productif d'intérêts. La demande en remboursement équivalait à une renonciation aux intérêts et constituait une rupture du contrat, exactement comme cela se passe au cas de congé en matière de bail ; de telle sorte que, dans ces hypothèses, on pouvait soutenir que l'avis avait pour objet de dénoncer le contrat plutôt que de faire sommation d'exécuter. En réalité, il ne s'agissait plus d'un droit à l'exécution préexistant à l'avis donné au débiteur, ce dernier n'ayant d'autre objet que de fixer la date de l'exécution ; il s'agissait d'un droit à l'exécution qui ne devait naître, conformément à la conception que se fait l'article 163 du terme constitutif du droit, que sur avis donné au débiteur : aussi était-on tenté de ne faire courir la prescription que

du moment où la dénonciation est admissible. Si l'obligé n'a à exécuter la prestation qu'après expiration d'un délai fixe à courir à

---

du jour de la dénonciation, puisque c'est de ce jour seulement que l'*Anspruch* prenait naissance et que, si l'on eût admis que la prescription pût courir, non pas du jour où l'avis fût intervenu, mais de celui où il aurait pu intervenir, alors qu'il n'eût pas encore eût lieu, c'eût été déclarer prescriptible une *Anspruch* encore inexistante. Il est vrai que cette distinction n'était pas admise par tout le monde; et, par suite, il fallait que la loi intervînt pour mettre fin à la controverse (cf. Wind., § 107, notes 5 et 9; et Leonh., p. 244).

§ II. L'article 199 a décidé dans le sens le plus généralement adopté, d'après lequel la prescription, dans tous les cas, et par suite sans aucune distinction à faire entre les deux hypothèses qui viennent d'être prévues, doit commencer à courir non pas du jour de l'avertissement donné à l'obligé, mais du jour où cet avertissement était possible et permis à l'ayant droit : et il en sera ainsi même si cet avertissement devait fonder le droit à l'exécution. Aussi a-t-on pu considérer l'article 199 comme une exception au principe de l'article 198, ou plutôt comme un élargissement du principe, puisqu'il a pour but de permettre la prescription pour certaines prétentions qui ne seraient pas encore nées au sens de l'article 198. Ce serait donc un retour partiel à l'adage *Toties præscribitur*... (cf. sur 198, note § IV), et une atténuation à la règle d'après laquelle on avait voulu repousser cet adage pour les droits dont l'exécution dépendît de la pure volonté du créancier. Il semblerait que la disposition de l'article 199 ne fût indispensable que pour le cas où ce fût l'avertissement qui fondât le droit à exécution et donnât naissance à l'*Anspruch*, puisque, là où il ne ferait que fixer l'obligation à exécution, le droit existant déjà, comme au cas de restitution de dépôt ou de remboursement d'un capital prêté sans intérêts, qui dussent avoir lieu sur déclaration du créancier, la solution se trouvait admise sur le seul fondement de l'article 198 (note § II), l'*Anspruch* existant déjà. Et, cependant même dans ces hypothèses, la disposition de l'article 199 n'était pas inutile, puisque, bien que l'*Anspruch* existât, du moment que l'exécution de la prestation était remise à un terme à fixer par le créancier, on aurait pu être tenté de suspendre la prescription par application de l'article 202. Cette cause de suspension est donc exclue par l'article 199, lorsque le terme a été fixé par le contrat et qu'il dépend d'une pure déclaration de volonté du créancier (Pl., 250). A plus forte raison, l'article 199 était-il indispensable pour toutes les hypothèses où la demande du

partir de la dénonciation, le commencement de la prescription est retardé dans la mesure correspondant à la durée du délai.

---

créancier, formulée sous forme de congé ou de dénonciation, serait considérée comme un terme fondant le droit lui-même, donnant naissance au droit d'exiger la prestation (cf. art. 163) : la prescription va courir avant que la prétention juridique soit née (*M.*, 309). Et, bien entendu, dans les deux cas, si le droit de donner congé ou de faire sommation au débiteur est lui-même subordonné à un terme préalable, comme par exemple si le remboursement du prêt ne peut être demandé qu'après six mois, et que ce délai passé il ne soit dû que sur demande du créancier, la prescription ne commence que du jour où la demande a pu intervenir utilement et régulièrement, c'est-à-dire après le délai fixé; si aucun délai n'avait été fixé, elle commencerait du jour de l'exécution du prêt lui-même.

§ III. Seulement on peut se demander comment on distinguera les hypothèses visées par l'article 199, dans lesquelles une *Anspruch* peut commencer à se prescrire avant même d'exister, dès que son existence dépend d'une réclamation à provenir du créancier, de celles dans lesquelles la naissance de l'*Anspruch* dépendrait d'un pur fait de volonté de l'ayant droit, et pour lesquelles on a voulu prohiber, sur l'article 198, toute prescription anticipée. Ce n'est certes pas la forme de la déclaration qui puisse fournir un criterium suffisant; car l'avis dont parle l'article 199 n'est pas autre chose qu'une demande, ou une déclaration de volonté, analogue à ce que serait la déclaration de réméré dans l'hypothèse prévue sur l'article 198 (note § IV). La distinction consistera en ce que, dans les cas que l'on a voulu exclure, sur l'article 198, la demande du créancier devait avoir pour effet, non pas directement de fonder le droit à restitution, mais de créer un contrat nouveau, ou une résiliation de contrat, desquels dussent naître le droit à restitution, tandis que, dans les hypothèses prévues par l'article 199, l'avertissement donné au débiteur n'est qu'une exécution du contrat initial, dont l'effet avait été remis à un terme indéterminé à la volonté du créancier. Il résulte donc de la disposition de l'article 199 que, même pour un prêt à intérêts, si le remboursement ne doit intervenir que sur la demande du créancier, la prescription commence du jour du prêt réalisé, à supposer tout au moins qu'il n'y ait pas eu fixation d'un terme avant lequel la demande ne puisse pas intervenir. On sait que cette solution était très contestée; mais, ce qu'il faut faire remarquer, c'est que chaque payement des intérêts échus interrompt la prescription

(art. 208). Remarquons aussi que cette disposition de l'article 199 peut s'appliquer encore à d'autres rapports juridiques que ceux résultant du prêt : ainsi un louage qui se perpétue sans échéance à date fixe et qui ne devra cesser que sur congé de l'une des parties; si le bailleur reste trente ans sans donner congé, — il est vrai qu'il faudrait ajouter que pendant le même temps il n'aurait pas perçu de loyer (art. 208), — on devrait accepter que son droit à restitution est prescrit (Leonh., 245), à moins d'admettre, il est vrai, que le droit qui vient du louage soit un droit successif qui donne lieu à une prétention nouvelle, correspondant à chacune des unités de la durée. Leonhard croit également (*loc. cit.*) qu'un individu faisant partie d'une communauté ou indivision susceptible de cesser seulement sur la demande de l'un des ayants droit, et qui fût resté trente ans sans faire cette demande, eût été lié à l'indivision pour sa vie entière, sans l'article 758 qui déclare imprescriptible le droit de faire cesser l'indivision.

§ IV. L'article 199 prévoit enfin le cas, si fréquent en pareille matière, dans lequel l'avertissement une fois reçu n'autorise pas le créancier à exiger exécution immédiate, mais donne un délai fixe au débiteur pour s'exécuter à partir de l'avis intervenu; par exemple, un prêt à rembourser sur avis préalable du créancier donné à six mois de date : le créancier donnera avis à la date qui lui plaira, mais le débiteur n'aura à rembourser que six mois après, et quelquefois il peut y avoir un double délai à date fixe, celui avant lequel l'avis ne peut être donné valablement, et celui qui doive fixer la date du remboursement à partir de la réception de l'avis du créancier. Mais on sait déjà qu'il n'y a pas à tenir compte du premier délai, c'est un terme qui empêche l'*Anspruch* d'être considérée comme existante, et par suite qui empêche la prescription de commencer. Il faut donc en faire abstraction, et supposer qu'aucun délai antérieur n'ait été fixé : l'avis, dans ce cas, peut être donné dès qu'il y a eu remise de la somme prêtée, seulement le remboursement n'aura lieu que six mois après. On peut considérer en pareil cas que l'avis, dès qu'il est reçu, fonde toujours le droit à exécution, et par conséquent donne naissance à l'*Anspruch*, bien que la faculté d'exiger cette exécution soit reculée à échéance fixe : le droit existe, son exécution est retardée à six mois de date. Mais, pendant ces six mois, le créancier ne peut pas agir pour réclamer livraison; il y aurait donc, d'après l'article 202, suspension de prescription, puisque celle-ci ne court pas tant qu'il n'y a pas possibilité d'agir en justice. Si donc on a voulu donner trente ans pour l'exercice du droit de congé ou de sommation lorsqu'il était considéré comme devant donner droit à livraison immédiate, il fallait, lorsqu'il ne permet plus d'exiger livraison

qu'à un délai à date fixe, par exemple à six mois de date, que l'on pût avoir encore trente ans pour donner avis au débiteur, ce qui revient à reculer la prescription d'un délai égal à celui qui doit suivre l'avertissement. Cela revient à dire que celui-ci doit être donné dans les trente ans; car, dans ce cas, il y a encore six mois pour demander l'exécution; mais la prescription est prolongée; de sorte que, lorsqu'on d mandera livraison à six mois de date de l'avertissement, la prescription ne sera pas achevée, tandis que si l'avertissement avait eu lieu après les trente ans, une fois le délai d'exécution passé, le droit serait prescrit.

§ V. Toutefois, on pouvait considérer ce délai de prolongement de la prescription soit comme un délai qui s'ajoute à la fin de la prescription pour en augmenter la durée, de telle sorte que, pour un délai de six mois, celle-ci fût de trente ans et six mois à partir du moment où l'avis aurait pu être donné, — soit comme un délai qui se place au début de la prescription, ou plutôt antérieurement à la prescription pour l'empêcher de commencer : de telle sorte, dans l'exemple choisi, que celle-ci ne commencerait à courir que six mois après que l'avis s'est trouvé permis. Le premier système avait été consacré par certaines lois antérieures au Code civil (cf. *Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften* du 4 juillet 1868, art. 63, al. 2) : c'est le second que consacre le Code civil. Il semblerait que l'on dût en conclure que, le délai de prescription ne commençant que six mois, par exemple, après la remise de la somme prêtée, l'avertissement pourrait toujours intervenir valablement dans les trente ans à partir de ces six mois, de telle sorte que, s'il se produit à l'expiration de la trentième année, comme il donne droit au créancier de compter sur la prestation dans les six mois qui suivent, celui-ci pourrait encore demander cette prestation six mois après l'avertissement donné. Ce qui serait l'exercice de l'*Anspruch*, ce serait l'avis donné en vue de fonder le droit à remboursement dans les six mois qui suivent; et cet exercice ayant eu lieu dans les trente ans, depuis le commencement de la prescription, il n'y aurait pas prescription. Qu'importe que l'action intervienne après un délai qui excède les trente ans augmentés des six mois d'exécution, du moment que le Code civil s'occupe d'une prescription de l'*Anspruch*, et non de l'action? Tel ne paraît pas avoir été le point de vue de l'article 199 : on a entendu, de toute façon, qu'au bout de trente ans et six mois tout fût prescrit, peu importe que l'on comptât les six mois comme un prolongement du délai de prescription, ou comme une suspension préalable (cf. art. 202) qui dût empêcher la prescription de commencer; tout ceci revient à dire que l'avertissement doit toujours être donné

Art. 200. Si la naissance d'une prétention dépend de ce fait que l'ayant droit fasse usage d'un droit d'annulation lui appartenant,

---

dans les trente ans à partir du moment où il a pu régulièrement intervenir. C'est le défaut d'exercice de cet avertissement dans les trente ans qui constitue la prescription de l'*Anspruch*, sans qu'il y ait à s'occuper du droit d'agir en justice.

§ VI. Mais, à l'inverse, si cet avis intervient dans les trente ans, il fallait que l'action pût toujours être utilement intentée dans le délai d'exécution, par exemple dans les six mois. On admettrait donc les causes de suspension qui se placeraient dans ces six derniers mois; car ces derniers font partie du délai de prescription, le commencement de cette dernière ayant été reculé de six mois. Mais on ne tiendrait pas compte des causes de suspension qui se seraient placées dans le délai de six mois du début, celui qui précède l'ouverture de la prescription. De sorte que le seul intérêt pratique que l'on paraisse avoir voulu viser en considérant le délai d'exécution comme un délai préalable qui recule d'autant le commencement de la prescription, c'est de soustraire ce délai, compté à partir du jour où il y a possibilité de donner avis au débiteur, et pendant la durée antérieure à l'ouverture de la prescription, aux causes de suspension de prescription (cf. art. 203), lesquelles ne peuvent s'appliquer qu'à un délai de prescription, comptant dans la prescription, et par suite à une prescription déjà commencée. Or ce délai, ainsi placé antérieurement à la prescription, ne fait plus partie du délai de prescription; il échappe à toute autre prolongation susceptible de provenir d'une cause de suspension ou d'interruption (art. 203 et suiv., *M.*, p. 309; cf. Leonh., p. 245, et, d'après une conception qui lui est spéciale, Höld., p. 423 et 425-426). Il convient enfin, dans le cas de la seconde disposition de l'article 199, comme lorsqu'il s'agit de la première, de se rappeler que le payement des intérêts serait une cause d'interruption de la prescription (art. 208).

Art. 200. § I. Nous trouvons dans cette disposition une nouvelle exception à la règle de l'article 198 d'après laquelle la prescription commence avec la naissance de l'*Anspruch*, et une atténuation, par suite, apportée au rejet du principe qu'admettait l'article 158 P[1], que, si l'*Anspruch* dépendait d'une simple déclaration de volonté, elle commençait à se prescrire dès que cette déclaration était juridiquement possible. Aussi le premier Projet, étant donnée cette règle de l'article 158 al. 3, n'avait-il pas eu à en faire application

la prescription commence à partir du moment où la mise en œuvre de l'annulation est admissible. Toutefois il n'en est plus ainsi,

---

expresse à l'action en restitution d'une chose livrée en exécution d'un contrat annulable, ce droit à restitution dépendant, d'après l'article 143, d'une pure déclaration de volonté, puisque c'est désormais sous cette forme que s'exerce l'annulation. La seconde Commission, ayant abrogé la disposition de l'article 158 P[1], crut devoir en conserver quelques applications partielles, celle de l'article 199 et celle également de l'article 200, en ce qui touche le droit à restitution, en tant qu'il dépend de l'exercice d'une déclaration d'annulation. D'après l'article 198, la prétention relative à ce qui a été livré en exécution du contrat ne prend existence que par la déclaration d'annulation, puisque jusqu'alors le contrat est considéré comme valable et que la livraison faite en exécution du contrat se trouve régulièrement faite, de sorte que, si c'est l'annulation qui fonde l'*Anspruch*, c'est de cette déclaration d'annulation qu'aurait dû commencer à courir la prescription du droit à restitution fondé sur les articles 812 et suivants. La seconde Commission a jugé, en seconde lecture (*Pr.*, VI, 139-140), que cette solution serait inacceptable, vu qu'elle pourrait conduire, si l'annulation ne se produisait qu'à l'expiration, par exemple, du délai de forclusion des articles 121 et 124, à une prescription ne s'accomplissant que près de soixante ans révolus depuis que l'acte ait été passé.

§ II. Il faut remarquer, d'ailleurs, que cette question ne se posait à peu près pas, ou tout au moins qu'elle ne se posait pas sous cette forme, dans le système traditionnel d'une annulation judiciaire; car c'est à l'action en nullité que s'appliquait la prescription. On pouvait discuter (cf. art. 1304 C. civ. fr.) la question de savoir si la prescription de cette action devait commencer du jour du contrat ou du jour où en fait l'action eût été possible, découverte du dol ou de l'erreur par exemple. Mais la prescription du droit à la nullité entraînait prescription du droit à restitution, sauf à discuter la question relative à la prescription acquisitive au profit de celui qui était en possession de la chose, question qui ne se pose à peu près plus aujourd'hui d'après le nouveau Code civil allemand. Mais, dans le système de l'article 143, la faculté de déclarer l'annulation ne constituant pas un droit à annulation, ou une prétention juridique à proprement parler, les délais de forclusion qui s'y réfèrent n'entraînent pas prescription du droit à restitution qui en est la conséquence, là tout au moins où le contrat avait été exécuté, c'est pourquoi la question

lorsque l'annulation se réfère à un rapport juridique touchant au droit de famille.

---

de prescriptibilité du droit à restitution devait forcément se poser dans le système du nouveau Code civil; elle est résolue par l'article 200, en ce sens que la prescription commence, non pas du jour où intervient la déclaration d'annulation, mais du jour où elle aurait pu juridiquement intervenir : c'est ce que laisse entendre le texte en exigeant que l'annulation eût été admissible, ce qui veut dire non pas possible en fait, mais possible en droit (*Pr.*, VI, 150). Il faut en conclure que le point de départ de la prescription se placerait, non pas au jour où il a été possible en fait pour celui à qui l'annulation appartient d'attaquer l'acte, et par suite du jour de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence, mais du jour où le droit admettait la possibilité de cette annulation, c'est-à-dire du jour du contrat. Sinon, à supposer que cette possibilité de fait se fût produite seulement à la veille du délai de forclusion des articles 121 et 124, on aurait abouti au résultat que l'on voulait éviter, c'est-à-dire à une prescription se composant presque d'un double délai trentenaire. Tout ce que la justice exigeait, c'est que la faculté d'annulation elle-même ne pût être perdue avant qu'il y ait eu possibilité de l'exercer; mais quand elle a pu être légitimement exercée, il n'a pas paru contraire à l'équité de restreindre, dans la mesure du retard apporté à l'annulation, le délai de prescription du droit à restitution, et cela alors même que ce délai pût se trouver réduit presque à rien lorsque l'annulation se produit à la veille de l'expiration des trente années des articles 121 et 124. Il va de soi que, si l'exécution du contrat avait été réalisée par la partie à qui n'appartient pas le droit d'annulation, son droit à restitution ne dépendrait plus d'une déclaration de volonté venant d'elle : il ne naîtrait que par la déclaration d'annulation de l'autre partie; et de ce jour-là seulement en commencerait la prescription.

§ III. Il faut remarquer toutefois que l'admissibilité juridique de l'annulation ne donne ouverture à la prescription contre la prétention à naître de cette annulation elle-même que si l'existence de cette prétention ne dépend d'aucune autre condition que de cette déclaration de volonté. C'est ainsi que, s'il s'agissait d'un testament annulable, l'action en restitution d'hérédité contre l'héritier institué ne pouvant exister, et il en est de même de l'*Anspruch* qui s'y rapporte, que lorsque ce dernier s'est mis en possession de l'hérédité (cf. § 2018), il ne faut pas dire que la prescription de l'action en péti-

Art. 201. La prescription des prétentions mentionnées aux articles 196, 197 commence à l'expiration de l'année dans

---

tion d'hérédité commence à courir contre l'héritier institué par un testament annulable dès l'ouverture de la succession, sous prétexte que de ce jour-là l'annulation du testament était possible : il faudra rechercher à partir de quand l'héritier institué a pu être considéré comme étant en possession de l'hérédité, car c'est de ce moment que la naissance de l'*Anspruch* s'est trouvée ne plus dépendre que de l'annulation de l'héritier légitime (Pl., 251, et Stroh., *Das deutsche Erbrecht*, éd. 1901, § 95, p. 568, note 28; cf. également Strohal, *Der Sachbesitz nach dem B. G. B.*, dans *Ih. Iahrb.*, 38, p. 101, note 98).

§ IV. Toutefois la règle de l'article 200 ne s'applique plus en matière de droit de famille. Il eût été inadmissible, en effet, en matière d'annulation de mariage par exemple, que la prescription des droits susceptibles de dépendre de cette annulation (cf. par exemple art. 1345-1347) pût commencer du jour du mariage. Elle s'ouvrira, conformément à l'article 198, du jour où se produit l'annulation (art. 1341-1342); et d'ailleurs, cette annulation ayant lieu ici par voie d'action judiciaire, il faudra attendre que le mariage ait été judiciairemant déclaré nul ou dissous (art. 1343), puisque jusque-là celui qui demande l'annulation ne peut exercer les droits qui dépendaient de cette annulation (art. 202). Planck (p. 251) remarque que les mêmes solutions s'appliqueraient, *mutatis mutandis*, dans le cas des articles 1594 et suivants.

Art. 201. § I. La disposition de l'article 201 vise surtout les courtes prescriptions de l'article 196. Si l'on avait appliqué, à la rigueur, les règles posées aux articles 198 à 200, la prescription, dans tous les cas mentionnés à l'article 196, eût commencé au moment où le droit aurait pris naissance; or, s'agissant de ces créances qui naissent au cours de la vie de tous les jours, il est extrêmement difficile de faire la preuve du moment exact où le droit a pris naissance. Il faudrait, pour cela, supposer qu'il y ait eu soit passation d'un acte écrit, soit mention régulière sur des livres de comptabilité, ce qui peut être le cas sans doute lorsqu'il s'agit d'achats chez un marchand, du moins en tant qu'il s'agit des livres de celui qui a fait la livraison, mais, ce qui est beaucoup plus rare, lorsque ce sont des travaux ou des journées de travail qui aient donné lieu au droit soumis à prescription. Or l'abréviation de la pres-

laquelle se sera placé le moment pris en considération d'après les articles 198 à 200. Si la prestation ne peut être exigée

---

cription avait eu, sinon principalement, au moins subsidiairement, pour motif, ce défaut de régularité dans les mentions relatives aux livres de comptes des parties pour toutes les opérations de ce genre (cf. note sur art. 196). Il paraissait donc bien désavantageux de s'en tenir, surtout pour une prescription aussi courte, à une date si difficile à préciser, d'autant que, dans la pratique, on remet volontiers à l'échéance de fin d'année le règlement de toutes ces dépenses courantes : il est des pays où c'est l'usage constant. Pour toutes ces raisons, on a reporté le commencement de la prescription à l'expiration de l'année dans laquelle le droit avait pris naissance : si la date exacte de l'origine de la créance est difficile à établir, il n'en est plus de même de l'année où cette date doit se placer (*M.*, I, 310). Et, bien que les mêmes raisons ne se présentent pas avec la même valeur pour les créances de l'article 197, on a pensé qu'il y avait également des motifs d'utilité pratique à imposer la même solution.

§ II. Il fallait prévoir toutefois l'hypothèse assez fréquente où il y aurait eu, pour les créances ainsi visées, un délai de payement. S'il s'agissait d'un véritable terme ajournant par le fait la naissance même du droit (art. 163), et, à supposer que son échéance se plaçât au delà de l'année au cours de laquelle le contrat ou l'acte juridique sur lequel la créance se fonde ait été passé, d'après l'article 198 combiné avec l'article 201, le droit ne venant à existence qu'avec l'expiration du terme, il eût fallu (cf. *supra*, § I) reporter le commencement de la prescription au début de l'année suivante. Or on se demanda, sur l'article 202 (*Pr.*, 217), s'il n'y avait pas lieu d'assimiler sous ce rapport le simple délai d'exécution au terme proprement dit, vu qu'en pratique il peut être assez difficile de distinguer si l'on a voulu ajourner l'exécution seulement ou la naissance même du droit. Et alors, pour prévenir toute difficulté, il fallait décider que, même s'il y a eu simple délai d'exécution et que celui-ci dépassât l'expiration de l'année au cours de laquelle le droit ait pris naissance, ce ne serait encore qu'au début de l'année suivante que commencerait la prescription; d'autant que si l'on eût admis, d'après l'article 202, qu'il n'y eût que suspension de prescription, celle-ci devant commencer à l'échéance du délai, pour connaître cette date il eût fallu déterminer celle à laquelle le droit aurait pris naissance, ce qui eût été en contradiction avec les motifs sur lesquels repose le principe de l'article 201-1°. Et d'ailleurs

qu'après échéance d'un délai qui s'étende au delà du moment qui vient d'être fixé, la prescription commence à l'expiration de l'année dans laquelle ce délai s'est trouvé échu.

---

peu importe qu'on ait accordé des délais pour le payement soit en passant l'acte, soit après. Si, par exemple, une dette est née au 1er juillet 1900, pour prendre les dates indiquées par Planck (p. 242), et qu'au 1er novembre suivant le créancier ait accordé au débiteur un délai de trois mois, il fût résulté de la première disposition de l'article 201, combinée avec l'article 202, que la prescription eût commencé, non pas au 1er janvier 1901, bien que le droit fût né au cours de l'année 1900, mais au 1er février 1901, à raison de l'article 202. Or, d'après la seconde disposition de l'article 201, elle ne commencera qu'au 1er janvier 1902.

§ III. Cette seconde règle de l'article 201 pourra fournir une atténuation importante dans une hypothèse qui avait donné lieu à différents amendements présentés au cours de la préparation du Code civil et qui furent successivement rejetés (*Pr.*, I, 211, et VI, 140-141). C'est pour le cas de prestations de services, pendant la durée du service. Les salaires sont dus au fur et à mesure de leur échéance; et cependant il arrive, très souvent, que celui à qui ils sont dus préfère n'être payé qu'à l'expiration de son temps de service ou encore une fois le travail achevé. Il pourra paraître assez peu satisfaisant que, par excès de confiance, il puisse être exposé à perdre ses droits, par le fait d'une prescription qui aurait couru à son insu. Aussi proposait-on de ne la faire commencer, pour le cas de l'article 196 n° 8, qu'à l'expiration du temps de service. Mais, comme il est rare, que les maîtres et patrons exigent des quittances, il y avait à craindre, en reculant ainsi d'une façon relativement indéfinie le délai de prescription, que l'on vînt à les poursuivre, eux ou leurs héritiers, pour des salaires depuis longtemps échus, sans que la preuve du payement fût possible au profit du maître. La ressource sera donc, s'il y avait eu véritablement un délai pour l'exécution, le payement étant ajourné jusqu'à la fin du service, dans la possibilité pour le créancier de prouver qu'il avait, par une convention spéciale, ajourné le payement jusqu'à cette échéance finale, auquel cas la seconde disposition de l'article 201 s'appliquerait.

§ IV. Reste une autre question très délicate qui se rattache aux créances de prestations périodiques visées par l'article 197 et auxquelles se réfère également l'article 201. Il y avait lieu de se demander, au moins lorsque ces

créances périodiques n'étaient pas l'accessoire d'une créance principale, comme au cas de prêt à intérêts, et par suite lorsqu'il s'agissait d'arrérages de rente, par exemple, si, en dehors de la prescription relative à chaque prestation en particulier, il pouvait y avoir une prescription d'ensemble du droit aux arrérages, et si, par conséquent, en dehors des prétentions juridiques afférentes aux arrérages pris individuellement, il y avait une prétention juridique correspondant au droit aux arrérages, au droit représentant la rente dans son unité et en dehors des arrérages (cf. art. 194, note § II). Enfin, à supposer qu'il y eût une prétention juridique relative au droit pris dans son unité idéale, il y avait lieu de se demander quand commencerait la prescription relative à cette prétention. Le premier Projet n'avait pas entendu trancher la question de savoir si cette prétention existait. Il admettait seulement qu'elle pût exister, ou tout au moins il l'admettait pour les prestations périodiques ne se rattachant à aucune créance principale; et, pour le cas où l'on dût en reconnaître l'existence, il déclarait, conformément au Cod. féd. obl., art. 152, que cette prescription commencerait au moment où déjà fût ouverte la prescription relative à l'une des prestations prises en particulier. Et comme la question n'avait d'intérêt pratique que si les prestations suivantes n'étaient pas fournies, puisque sans cela il y aurait eu interruption de la prescription relative au droit pris dans son unité (art. 208), il en résultait que, dès que la créance relative à la première prestation d'arrérages non payée se fût trouvée prescrite, le droit à la rente eût été prescrit en même temps. Bien entendu, les créances afférentes aux arrérages suivants, bien que la prescription de ces derniers ne fût pas encore accomplie, disparaissaient avec le droit principal (cf. P[1], art. 160 et art. 184 al 2).

§ V. On aurait pu comprendre, d'ailleurs, qu'une question analogue se posât même pour le droit aux intérêts, lorsque ceux-ci se rattachaient à une créance principale. Il est possible, en effet, tout au moins lorsque le remboursement est à terme, à condition qu'il s'agisse d'une date fixe et non d'un terme laissé à la discrétion du créancier (art. 199), que la prescription relative à la restitution ne commence qu'après celles relatives aux différentes prestations d'intérêts, de telle sorte que trente années auraient pu s'écouler sans que ces intérêts eussent été payés, alors que le droit au remboursement ne serait pas encore prescrit. Pourquoi le droit aux intérêts ne le serait-il pas? Il resterait un prêt non productif d'intérêts. Un amendement avait été présenté en ce sens devant la seconde Commission (*Pr.*, 212). Non seulement ce dernier amendement fut écarté, mais on supprima même la disposition de l'article 160 P[1], encore qu'elle ne visât que les prestations pério-

Art. 202. La prescription est suspendue aussi longtemps que la prestation se trouve soumise à un délai d'exécution ou que l'obligé

---

diques formant un droit indépendant ; et de même supprima-t-on dans l'article 224 la disposition correspondant à celle de l'article 184 al. 2 P[1]. A-t-on voulu déclarer par là que, même en matière de prestations périodiques formant par rapport à l'ensemble un droit indépendant, il n'y aurait jamais place pour une prétention juridique unifiée correspondant au droit au tout? Cela est peu probable, en dépit de certaines expressions du *Protokolle* (*Pr.*, 212). La question, comme le dit Planck sur l'article 224, doit rester ouverte. Il est vrai que Planck ne paraît pas favorable à l'admission de cette *Gesammtanspruch,* comme on l'appelle, et qu'il croit plus exact de dire qu'il y a seulement une série de droits successifs, correspondant à chaque prestation, tout en ayant leur source dans le même acte juridique, et affecté chacun d'un terme qui retarde ainsi la naissance du droit (art. 163) et, par le fait même, l'ouverture de chacune des prescriptions qui s'y trouvent correspondre (art. 198). Mais, si l'on devait admettre encore une *Gesammtanspruch* au sens qui a été indiqué, il faudrait, quant au point de départ de la prescription, s'en tenir à la réglementation qu'avait adoptée l'article 160 P[1].

Art. 202. § I. L'article 202 consacre une application partielle de la règle «*Contra non valentem agere non currit præscriptio*», en ce que, le Code civil s'étant refusé à l'admettre sous la forme d'un principe général, il a dû en reconnaître tout au moins la légitimité pour le cas où l'obstacle à l'exercice de l'action proviendrait d'un empêchement juridique; et c'est, en effet, ce qui existe, lorsque, le débiteur ayant obtenu un délai d'exécution, le créancier, s'il poursuivait, dût se trouver écarté par une exception dilatoire. La question devait donc se trouver posée alors, non seulement pour le cas d'exceptions dilatoires, mais pour celui également d'exceptions péremptoires, puisque le Code civil, à l'imitation du droit romain, a admis qu'à côté de l'inexistence absolue d'une créance ou d'une extinction de plein droit, il y eût des causes pouvant s'opposer indéfiniment à la mise en œuvre du droit, sans en constituer l'inexistence même, ou sans être assimilées à la disparition absolue du droit lui-même. Ce sont les exceptions proprement dites. Elles présentent donc cette particularité qu'elles peuvent venir à disparaître, par exemple par la renonciation du débiteur, et qu'alors le droit se trouve remis en valeur, ou encore, s'il s'agissait d'un fait assimilé à une cause d'extinction, qu'il se trouve

est autorisé, pour toute autre cause, et d'une façon purement passagère, à refuser la prestation.

---

n'avoir pas été éteint. Or, tant que cette exception existe, le créancier n'a aucun intérêt à poursuivre; il y a un obstacle permanent et péremptoire qui s'oppose à sa poursuite : devait-on admettre que la prescription n'en courrait pas moins et que, par suite, au bout de trente ans, le débiteur n'aurait qu'à opposer l'exception de prescription pour triompher de la poursuite, au lieu d'avoir à prouver l'existence de l'exception péremptoire qu'il aurait eue, sans cela, à sa disposition? C'est le rôle de la prescription de lui fournir ces facilités de preuve. Et d'ailleurs, si le droit avait gardé sa pleine intensité, au bout de trente ans, il aurait été supprimé par voie de prescription; n'y aurait-il pas quelque chose de contradictoire à ne pas admettre le même effet extinctif à l'égard d'un droit purement apparent, qui n'a d'existence que pour la forme? (Cf. Dernb., *Pand.*, § 146, I, 349.)

§ II. En dépit de ces considérations, le premier Projet (art. 162 P[1]) avait admis l'effet suspensif de toutes les exceptions, même péremptoires et permanentes, tout en se rendant parfaitement compte que la question offrait bien peu d'intérêt pratique; parce que le débiteur, en dépit de la suspension, ne manquerait pas d'opposer la prescription, sans que le créancier eût intérêt à se prévaloir du temps de suspension, puisque, pour le faire, il lui faudrait prouver l'existence au profit du débiteur d'une exception péremptoire, et que, par rapport à son droit de poursuite, le résultat serait exactement le même (*M.*, 313-314). Il faudrait donc, pour donner quelque intérêt à la question, supposer une exception qui eût disparu, sans que l'exception de prescription disparût en même temps. Dans ce cas, le créancier pourrait établir que la prescription n'est pas encore accomplie, parce que, tant qu'avait subsisté l'exception péremptoire actuellement disparue, il y avait eu suspension. Il pourrait même se faire que cette renonciation à l'exception péremptoire ou, d'une façon générale, que la disparition de cette dernière eût lieu après le délai de prescription et, une fois celle-ci acquise, à supposer que l'on n'eût pas admis l'effet suspensif de l'exception; il s'ensuivrait alors que la prescription, étant ainsi acquise, présenterait un avantage pour le débiteur et qu'il obtiendrait par la prescription une ressource supérieure à celle qu'il trouvait dans l'exception mise à son service, puisque, celle-ci disparaissant, il aurait encore un moyen de repousser la poursuite du créancier. C'est cette solution qui avait paru injuste à la première Commission, étant donné que cet avantage serait acquis au débiteur sans qu'il

Cette règle ne reçoit aucune application relativement aux exceptions provenant du droit de rétention, d'inexécution de contrat,

---

y eût aucune faute ou négligence à imputer à l'inaction du créancier. Sans doute, lorsque la dette est éteinte par un payement ou qu'elle est inexistante *ab initio*, le débiteur peut, après le délai de prescription, invoquer cette dernière, au lieu d'avoir à prouver la nullité initiale ou l'extinction ultérieure de la dette. Il se fonde sur ce fait que, même en admettant l'éventualité d'une dette valable et non payée, elle serait cependant éteinte par prescription; mais alors la prescription ne lui accorde rien de plus que ne lui accorderait le fait de l'inexistence de la dette ou du payement une fois prouvé : dans un cas comme dans l'autre, il est et doit être à l'abri de toute poursuite. Il n'y a donc aucune injustice à ce qu'on lui permette, au lieu d'invoquer le payement ou l'inexistence de la dette, de faciliter sa preuve en invoquant la prescription, puisque cette dernière ne lui est acquise que par la négligence du créancier. Mais il n'y a aucune analogie, disait-on, avec le cas où la prescription, non seulement lui apporte de plus grandes facilités de preuve, mais lui fournit un moyen de défense qui ne devrait plus lui appartenir s'il eût été réduit à l'exception péremptoire attachée à sa dette et supposée disparue; cette ressource nouvelle provenant de la prescription ne doit pouvoir être accordée au débiteur que lorsqu'elle se fonde sur une négligence prolongée du créancier. Et ce n'est pas le cas, lorsque celui-ci se trouvait dans l'impossibilité, au moins morale, d'exercer son action (cf. Pl., 252-253). En dépit de ces raisons, la seconde Commission a considéré que les cas dans lesquels il y aurait intérêt pour le créancier de se prévaloir de l'effet suspensif d'une exception péremptoire appartenant au débiteur étaient trop exceptionnels pour qu'il y eût lieu de les prendre en considération; aussi l'article 202 n'admet-il de suspension que pour le cas d'exception dilatoire. Lorsqu'il s'agit d'exception péremptoire, la solution du Code civil revient à dire que, si la disparition de l'exception, ou la renonciation à l'exception, ne se produit pas avant le délai de prescription compté de l'origine du droit, ou plutôt de l'origine de la prétention juridique, cette disparition sera sans effet utile, à moins qu'elle ne coïncide avec la disparition concomitante de l'exception tirée de la prescription ou qu'elle ne l'implique (*Pr.*, 216-217).

§ III. Pour ce qui est des exceptions dilatoires, la solution consacrée par l'article 202, en tant qu'elle admet qu'il y ait suspension, s'imposait en quelque sorte. En effet, comme le remarque Planck (§ 202, p. 253), si la

de défaut de prestation de sûreté, du bénéfice de discussion, de même qu'aux exceptions appartenant soit à la caution en vertu

---

prescription courait pendant le temps que dure l'exception dilatoire, il en résulterait qu'à un moment donné le débiteur pourrait voir se substituer, à un moyen de défense provisoire, un moyen permanent et une véritable exception péremptoire, tirée de la prescription; et cela, alors que le créancier, la dette n'étant pas échue, au moins en ce qui touche l'exécution, ne pouvait en aucune façon exercer et poursuivre son droit. La loi fait allusion, avant tout, au cas où le créancier aurait accordé un délai de payement. Ce délai d'exécution peut être initial; il ne se confond pas avec le terme proprement dit, puisque ce dernier, au sens de l'article 163, retarde non pas l'exécution, mais la naissance même du droit, et que, dans ce cas, c'est la prescription qui ne peut commencer tant que le droit n'arrive pas à échéance (art. 198). L'article 202 prévoit au contraire le terme d'exécution, lequel ne retarde pas la naissance du droit, de sorte que, d'après l'article 198, la prescription eût déjà commencé à courir: grâce à l'article 202, ce résultat ne se produira pas. Ce même effet suspensif se produira tout aussi bien, d'ailleurs, si un terme ou délai d'exécution avait été accordé après coup, au lieu d'être initial. Le texte ne se sert pas en pareil cas de l'expression technique d'exception (*Pr.*, 218); on a préféré employer une périphrase qui mettrait mieux en lumière la pensée de la loi. Seulement cette dernière étend ce qui a été dit des délais d'exécution à tous les autres cas où le débiteur aurait une juste cause de refuser le payement, à condition qu'il n'y eût là pour lui qu'un droit purement provisoire; et peut-être, comme le montre Hölder (428), est-il assez difficile de voir à quelle hypothèse exactement on ait ainsi fait allusion. On a cité, à titre d'exemple, un cas auquel le texte pût s'appliquer : ce serait le cas du locataire pouvant s'opposer, tant que dure le bail, à la restitution de la chose louée; le droit à restitution que le bailleur tient de son droit de propriété se trouverait tenu en échec par l'exception dilatoire appartenant au locataire, ce qui fait que ce droit à restitution ne pourrait commencer à se prescrire (*Pr.*, 217, et Pl., 253). Mais, comme l'a fait remarquer Hölder, lorsqu'un propriétaire est personnellement obligé à l'égard du possesseur de la chose à lui laisser momentanément la possession, il n'est pas exact de dire que son action en restitution soit paralysée par une exception : elle n'existe pas encore, elle n'est pas encore née. Quoi qu'il en soit, l'article 202 a tenu à bien indiquer que, dans les cas où il y aurait pour le débiteur un droit

de l'article 770, soit à l'héritier en vertu des articles 2014, 2015.

---

temporaire de refuser l'exécution, et que ce cas se distinguât d'un délai d'exécution à proprement parler, l'effet suspensif serait le même.

§ IV. On avait songé à faire allusion (cf. art. 162 P[1]) aux lois d'exception qui, pour certains cas rares, pourraient venir suspendre les payements ou accorder des délais d'exécution. On a supprimé cette allusion. Ces délais introduits par une loi seraient-ils de plein droit compris dans les termes de l'article 202? Planck croit que l'on pourrait en douter (Pl., 253). Mais, en tout cas, on a fait remarquer devant la seconde Commission qu'une loi de ce genre ne manquerait pas de statuer elle-même sur l'influence que dussent avoir les délais établis par elle sur la prescription du droit.

§ V. Au principe de l'effet suspensif en matière d'exceptions dilatoires, l'article 202 apporte des dérogations importantes, pour certaines exceptions qui n'ont pas pour but, au sens propre du mot, d'accorder un délai d'exécution, et qui ne s'opposent pas à la poursuite du créancier, mais qui l'empêchent de l'exercer dans des conditions contraires au droit ou à l'équité. Chacun des cas cités par l'article 202 repose, d'ailleurs, sur des motifs qui peuvent être un peu différents. C'est ainsi que, pour les exceptions de rétention (art. 273, 274, 1000) et d'inexécution de contrat (art. 320-322), le créancier, non seulement peut poursuivre encore utilement en faisant disparaître l'état de choses qui donne lieu à l'exception mais qu'en droit il y est obligé; d'ailleurs, même s'il ne le fait pas, l'exception qui lui serait opposée (cf. Pl., 253) n'a pas pour effet d'empêcher la mise en œuvre du droit, mais d'apporter certaines restrictions à la condamnation (art. 274, 322). De même pour les exceptions de discussion (art. 771-773) ou de défaut de prestation de sûreté (art. 258, 867, 1005), si le créancier n'est pas également obligé de faire disparaître l'état de choses qui donne lieu à l'exception, il en a la possibilité; et cela suffit pour qu'on ne puisse plus dire que la prescription doive courir contre quelqu'un dont le droit de poursuite soit paralysé. Quant aux exceptions dilatoires des articles 2014 et 2015, elles ne s'opposent pas à ce que l'héritier puisse être poursuivi et condamné, elles n'empêchent que le droit de saisie. L'article 162 P[1] comprenait également, parmi ces exceptions qui ne produisent pas d'effet suspensif, l'exception de réduction appartenant à l'héritier bénéficiaire, ou du moins ce qui correspond à l'héritier bénéficiaire du droit français, et lui permettant de réduire son obligation dans la mesure de l'actif.

Art. 203. La prescription est suspendue lorsqu'il y a arrêt du cours de la justice dans les six derniers mois du délai de prescrip-

---

Mais, à supposer qu'il y ait là encore une véritable exception, ce serait une exception péremptoire, dépourvue de plein droit de tout effet suspensif, par suite du changement de système admis par l'article 202 en cette matière (*supra*, § II, et Pl., 254). L'article 202 cite enfin, comme dépourvu d'effet suspensif, l'exception de l'article 770 appartenant à la caution, pour repousser la poursuite du créancier, dans le cas où le débiteur principal aurait eu le droit d'opposer la nullité ou la compensation : la caution, elle, ne peut pas, à la place du débiteur, faire valoir ni une annulation, ni une compensation, mais tout au moins a-t-elle une exception dilatoire, tant que ce droit d'annulation ou de compensation reste en suspens. Cette fois, on aurait pu dire qu'il ne dépendait plus du créancier de faire disparaître cet état de choses qui donnât lieu à l'exception appartenant à la caution, donc que sa poursuite à l'égard de cette dernière serait réellement inutile et paralysée; et cependant la prescription va courir contre lui (cf. Leonh., p. 246). C'est qu'en réalité le droit d'annulation, pas plus que le droit de compensation, on va le voir, ne suspendent la prescription; si donc elle continue à courir contre le débiteur principal, on a voulu qu'il en fût de même à l'égard de la caution. On est d'accord, en tout cas, pour reconnaître que l'énumération du second alinéa de l'article 202 n'est pas limitative, sans que l'on ait pu toutefois s'entendre sur l'admission d'une formule générale qui pût servir de principe directeur pour l'application par voie d'analogie (*Pr.*, 217; cf. Leonh., 246, note 2). Planck cite cependant l'exemple de l'article 2332 *in fine*, comme pouvant fournir un cas d'extension par analogie de la règle générale implicitement contenue dans l'article 202.

§ VI. L'article 162 P[1] avait pris soin de déclarer que l'annulabilité ni la possibilité d'opposer la compensation ne pouvaient avoir d'effet suspensif, parce qu'elles ne supprimaient ni ne paralysaient la poursuite : la poursuite est supprimée par la déclaration d'annulation ou de compensation; mais jusque-là le droit reste intact, et, en tout cas, il serait absolument inexact de dire qu'il soit soumis à une exception. Aussi la seconde Commission a-t-elle cru inutile de reproduire la disposition finale de l'article 162 P[1] (M. 316), laquelle allait de soi (*Pr.*, 218).

Art. 203. L'article 203 fournit une seconde application, au point de vue, cette fois, non pas d'un empêchement juridique, mais des empêchements

tion, et aussi longtemps que, par suite de ce fait, l'ayant droit est entravé dans la poursuite de ses droits.

---

matériels, de la règle : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Seulement on exige, dans les deux cas prévus par l'article 203, que l'empêchement soit survenu dans les six derniers mois. Et la première hypothèse mentionnée est celle d'une interruption du cours de la justice, par exemple au cas d'invasion par l'ennemi, au cas d'épidémie, ou pour toute autre hypothèse analogue. C'est là d'ailleurs un cas de force majeure; et l'on a considéré alors qu'il n'y avait pas de raison pour ne pas donner le même effet à tous les autres cas de force majeure, produisant le même obstacle à l'exercice judiciaire d'un droit, et arrivés dans le même délai : ce sont tous ces cas de force majeure que vise la seconde hypothèse prévue par le texte. Aussi cette dernière est-elle en quelque sorte le principe général dont la règle précédente ne serait guère qu'une application. Et Planck voit dans cette façon de procéder une indication sur la conception que l'on a entendu se faire d'un événement de force majeure, puisque la première disposition du texte en donne un exemple nettement caractérisé. Cependant, malgré ce criterium d'interprétation, il est fort à craindre que cette conception de la force majeure reste une idée vague et imprécise, dont il soit difficile de tracer nettement les limites d'application. Planck déclare avec raison que l'on ne saurait faire rentrer sous cette conception tout empêchement non imputable à faute, mais que l'exemple cité démontre suffisamment qu'il doit avoir sa cause dans un fait extérieur, étranger à la personne, et qui, par sa nature, fût inévitable : d'où il conclut que tout empêchement ayant sa cause dans la personne même échapperait à cette conception, tel que le fait que, par une erreur dont il ne fût pas responsable, le créancier eût ignoré son droit, ou qu'il eût ignoré quel était son débiteur. Hölder considère comme un peu étroit, et quelque peu rigoureux, d'exiger ce caractère d'impersonnalité de tout événement de force majeure, puisqu'il en résulterait que jamais l'état de maladie ou d'impuissance physique ne serait une cause rentrant dans cette catégorie. Aussi croit-il que l'événement de force majeure est celui auquel, d'après les conceptions courantes, il était impossible de s'attendre. On doit savoir que la vie est faite d'imprévu et d'obstacles contre lesquels on ait à se garantir : aussi est-ce au créancier à prendre les devants et à se prémunir contre les empêchements auxquels il doit être préparé. Mais si, dans les six derniers mois, survient un empêchement auquel il eût été anormal de s'at-

Il en est de même lorsque semblable empêchement se produit de toute autre manière par suite d'un cas de force majeure.

Art. 204. La prescription des prétentions existant entre époux est suspendue tant que dure le mariage. Il en est de même des pré-

---

tendre, même se réalisât-il en sa personne, comme une maladie grave qui surprendrait un homme d'une santé robuste, il n'y a pas de raison pour ne pas faire rentrer ces éventualités parmi les événements de force majeure : ils seraient caractérisés alors, non plus par le fait qu'ils soient extérieurs à la personne, mais par le fait qu'ils n'aient pu être prévus, en ce sens qu'ils soient en dehors du cours naturel des choses (Höld., 430-431). Il y a donc là une notion qui reste, et restera, controversée (cf. Rümelin, *Der Zufall im Recht*, p. 27, note 40).

Art. 204. La suspension de prescription admise dans les rapports entre époux, dans les rapports entre parents et enfants mineurs et dans ceux existant entre tuteur et pupille, ne repose plus sur un empêchement matériel ou juridique, mais moral. On a pensé que, dans tous ces cas, il y aurait un sentiment de déférence ou d'affection qui ferait hésiter à poursuivre, et la loi n'a pas voulu mettre obstacle à ces hésitations; elle n'a pas voulu que l'on pût être encouragé à intenter l'action et à rompre avec ces scrupules par la pensée qu'en omettant d'agir on dût perdre ses droits. Ce motif, d'ailleurs fort bien mis en relief par Planck, doit servir de ligne de direction dans l'interprétation du texte; et, c'est en se fondant sur cette conception qu'il est difficile, comme l'a montré Hölder (p. 432), d'admettre une des solutions proposées par Planck lui-même pour le cas de mariage nul ou annulable. Planck admet fort bien que, tant que le mariage n'est pas attaqué par voie d'action en justice, il est impossible d'exciper de la nullité du mariage pour écarter la suspension de prescription (art. 1329). Mais il ajoute que, la nullité une fois prononcée, le mariage étant censé n'avoir jamais existé (art. 1343), on ne pourra plus se prévaloir de la suspension de prescription de l'article 204, même pour le temps qui s'est écoulé entre la conclusion du mariage et son annulation (Pl., p. 255). Il est cependant bien certain que, si l'on n'a pas voulu faire perdre à l'un des époux l'action qui lui appartenait par cela seul qu'il s'était refusé à agir, ce motif ne disparaît pas rétroactivement une fois le mariage annulé. La suspension de

tentions entre parents et enfants pendant la minorité des enfants, et des prétentions entre tuteur et pupille pendant la durée du rapport de tutelle.

Art. 205. La période de temps pendant laquelle la prescription est suspendue n'est pas comptée dans le délai de prescription.

Art. 206. Lorsqu'un incapable d'exercice des droits ou une personne de capacité restreinte est sans représentant légal, la pres-

---

prescription ne doit cesser que pour l'avenir. Pour ce qui est des rapports entre enfants et parents, il suffira de remarquer, en ce qui concerne les enfants nés hors mariage, que la disposition de l'article 204 ne s'appliquera que par rapport à la mère, puisque, comme le remarque Planck, à l'égard des enfants naturels, le père n'est jamais compris sous l'expression de «parents», prise dans son sens légal.

Art. 205. Si la cause de suspension existe déjà au moment où s'ouvre la prétention juridique, la prescription ne commence qu'au moment où cette cause vient à cesser; et encore, pour les créances mentionnées à l'article 201, y aurait-il lieu de tenir compte du nouveau délai imposé par la dernière disposition de l'article 201 pour le commencement de la prescription (art. 201, note § II). Planck observe, lorsque la cause de suspension se produit au cours de la prescription, que, du fait que cette dernière subit un délai qui, tant qu'il dure, l'empêche de courir, il n'en faudrait pas conclure à l'application de l'article 191, mais calculer le délai de prescription, d'après les articles 187 et 188, comme si aucune cause de suspension ne s'était produite, et une fois obtenue par ce calcul la date à laquelle la prescription aurait dû finir, s'il n'y avait pas eu de suspension, ajouter à cette date autant de jours qu'il y en a eu dans le temps qu'a duré la suspension (Pl., 256).

Art. 206. § I. Le Code civil allemand a pris une position intermédiaire entre le système français, qui admet sans distinction une suspension de prescription au profit de tous les mineurs et interdits, sans tenir compte de la présence de leur représentant légal, et le système suisse, qui n'établit aucune cause spéciale de suspension en matière de minorité ou d'incapacité. Lorsque le mineur a un représentant, il n'y a pas plus de raison pour le protéger, par voie de suspension de prescription, contre l'inaction de son représentant,

cription qui court contre elle ne peut pas s'accomplir avant qu'un délai de six mois se soit écoulé depuis le moment où cette per-

---

qu'il y en a de le protéger, par voie d'annulation, contre les actes désavantageux accomplis par son représentant dans la mesure de ses pouvoirs. Mais, lorsque ce représentant vient à faire défaut, soit au début de la tutelle ou de l'incapacité, parce qu'il s'écoule un certain temps avant que sa nomination ait lieu, soit au cours de la minorité ou de l'état d'incapacité, lorsqu'il y a lieu de remplacer un représentant légal, qui se trouve avoir disparu, par suite de décès ou pour toute autre cause, dans tous ces cas personne ne peut exercer les actions appartenant au mineur ou à l'incapable; ne fallait-il pas tenir compte de cette impossibilité pour en faire une cause de suspension? L'article 206 ne l'admet que dans la mesure où ce défaut de représentation légale se trouve prendre place dans les derniers six mois avant la fin de la prescription, non pas qu'il doive avoir forcément commencé dans cette période, mais tout au moins s'être prolongé dans cette période, de telle sorte que ce défaut de représentation ne cesse que dans les six derniers mois avant l'achèvement de la prescription. Tout ce que veut la loi, c'est que, depuis l'arrivée de la majorité, la cessation de l'incapacité ou la nomination d'un représentant, six mois s'écoulent avant que la prescription soit déclarée achevée. Si donc l'un de ces événements se produisait avant cette dernière période de six mois, il y aurait toujours six mois à parcourir avant que la prescription fût achevée, d'après le cours normal du délai; et, dans ce cas, il n'y aurait rien à changer à l'échéance du droit commun, puisque, lorsque cette échéance se produirait, il y aurait toujours eu six mois écoulés depuis la cessation du défaut de représentation légale. Le système allemand n'est donc pas d'établir une suspension de prescription correspondant au temps qu'a duré le défaut de représentation, mais une prolongation de prescription, dont la détermination dépendra du calcul d'un délai de six mois, à compter à partir du moment où ce défaut de représentation aura cessé. On a voulu donner six mois, quoi qu'il arrive, au mineur devenu majeur, ou à l'ancien incapable devenu capable, ou au représentant légal désigné, pour se mettre au courant de la situation patrimoniale et exercer les actions qui arrivent à leur terme. Si donc ce défaut de représentation se produisait à un moment quelconque du cours de la prescription, pourvu qu'il cessât avant la dernière période de six mois, il serait sans influence sur la prolongation du délai; et même, s'il ne cessait qu'après cette période commencée, il ne faudrait pas dire que la prescription aura été sus-

sonne a acquis la pleine capacité ou le moment auquel cesse le défaut de représentation. Si le délai de prescription est inférieur

---

pendue pendant le temps que ce défaut aurait duré et qu'elle serait prolongée d'autant. Il peut se faire que ce défaut de représentation ne se produise qu'un mois avant l'expiration de prescription et qu'il ne dure qu'un mois, si l'on en faisait une cause de suspension, la prescription ne serait prolongée que d'un mois, tandis que, d'après l'article 206, elle le sera de six mois; et si, dans ce nouveau délai de six mois, une nouvelle interruption de représentation se produisait, un nouveau délai de six autres mois recommencerait à courir, à partir du jour où elle cesserait.

§ II. On s'était posé la question, en seconde lecture, devant la seconde Commission (*Pr.*, VI, 141), de savoir s'il ne faudrait pas assimiler au défaut de représentation légale le fait d'être représenté par un représentant qui lui-même fût incapable. La question ne se poserait pas si on avait nommé pour tuteur un incapable, la tutelle étant nulle (art. 1780); mais si l'incapacité se produit au cours de la tutelle, la représentation ne cesse que par le fait de l'interdiction (art. 1885). Jusque-là il peut donc y avoir incapacité, par exemple en vertu de l'article 104-2°, sans qu'il y ait cessation légale de la représentation. Ne faudrait-il pas au moins assimiler cette hypothèse au défaut de représentation au point de vue de l'article 206? C'est ce que l'on avait proposé. Mais on déclara inutile d'introduire une disposition dans la loi pour un cas aussi rare; et l'on a entendu s'en remettre sur ce point à l'appréciation de la doctrine et de la jurisprudence. Planck, qui examine la question, la résout par la négative, vu que la représentation subsiste, et que, par suite, il n'y a plus qu'une impossibilité de fait, analogue à toutes celles qui pourraient empêcher un tuteur d'exercer les actions du mineur. S'il s'agissait du père qui devînt incapable, il en serait autrement, puisque ses pouvoirs de représentation lui sont enlevés et passent à la mère (art. 1676, 1678, 1685), et qu'à défaut de celle-ci il y a bien absence de représentation au sens de l'article 206 (Pl., 256-257).

§ III. Le premier Projet (art. 166 P[1]) avait étendu la règle admise pour les mineurs et incapables aux personnes morales, lorsqu'il y aurait interruption dans la représentation légale qui les concerne. Mais on fit observer devant la seconde Commission que cette interruption ne se produirait à peu près jamais pour les personnes juridiques du droit public ou pour celles qui seraient placées sous le contrôle de l'administration. Quant aux associations qui seraient

à six mois, la période de temps établie pour pouvoir prescrire est substituée au délai de six mois.

Ces règles ne reçoivent pas application lorsqu'il s'agit d'une personne de capacité restreinte qui soit capable d'agir en justice.

Art. 207. La prescription d'une prétention qui appartient à une succession ou qui existe contre une succession ne peut pas s'accom-

---

assez négligentes pour ne pas pourvoir au remplacement de la direction lorsque celle-ci viendrait à manquer, il n'y avait pas lieu de prendre des mesures de protection spéciales en leur faveur, et la seconde Commission supprima la mention relative aux personnes juridiques (*Pr.*, I, 220).

Art. 207. § I. L'article 207 applique le système de l'article 206 aux actions qui dépendent d'une succession ou qui peuvent être exercées contre elle. Pour ce qui est de ces dernières, elles ne peuvent être intentées contre l'héritier, tant qu'il n'a pas accepté (art. 1958). Sans doute, le créancier pourrait, en vertu de l'article 1961, demander la nomination d'un curateur, afin de pouvoir agir contre lui. Mais, devait-on l'obliger à subir ces frais et ces formalités lorsqu'il s'agirait uniquement d'empêcher son droit de se prescrire? C'eût été contraire à toutes les nécessités pratiques (*M.*, 323); aussi a-t-on assimilé le cas de l'hérédité jacente à celui où, s'agissant de minorité, il y aurait défaut de représentant : si donc cette situation intérimaire de l'hérédité vient à cesser seulement dans la période de six mois avant l'accomplissement de la prescription, la loi établit un délai de six mois avant lequel cette dernière ne peut s'achever, et qui courra à partir du moment où se sera produit l'événement mettant fin à l'impossibilité de poursuivre; ce sera l'acceptation de l'héritier, la déclaration de faillite de la succession ou la nomination d'un curateur à la succession.

§ II. Même solution pour les actions dépendant de l'hérédité. Sans doute, l'héritier pourrait les exercer, sans prendre absolument parti sur son acceptation, et à titre de gérant d'affaires (art. 1959). Mais il n'y est pas obligé; et il peut toujours craindre que l'on voie dans son ingérence une acceptation tacite. On peut donc dire, là encore, qu'il n'y a personne qui soit chargé d'agir. Lorsque la possibilité d'agir se trouvera exister à nouveau, si l'événement d'où elle dérive ne se produit que dans les six derniers mois, un nouveau délai de six mois à partir de cet événement sera assuré, quoi qu'il arrive, pour

plir avant qu'un délai de six mois se soit écoulé depuis le moment où l'hérédité a été acceptée par l'héritier, ou le moment où une procé-

---

la poursuite, sans que la prescription puisse s'achever avant l'échéance de ce nouveau délai.

§ III. Parmi les événements qui rendent la poursuite possible, et qui donnent ouverture au délai de six mois de l'article 207, il faut placer, en dehors de l'acceptation de l'héritier et de l'ouverture de la faillite par rapport à la succession, toutes les hypothèses dans lesquelles celle-ci peut être administrée par quelqu'un qui la représente, qu'il s'agisse de curateur à succession (art. 1960, 1961, 1981), ou d'exécuteur testamentaire (art. 2209). Mais on a également songé au cas où, lors du décès, il y aurait eu un curateur à l'absence. Cette curatelle ne cesse pas de plein droit par le fait du décès (art. 1921) : fallait-il, en pareil cas, assimiler cette curatelle qui continue au cas de représentation donnée à une succession vacante, de telle sorte que, si le décès se produit dans les six derniers mois de la prescription, il reste toujours un délai de six mois assuré au curateur pour pouvoir poursuivre? Si, par exemple, le décès a lieu à l'ouverture du troisième mois avant l'accomplissement de la prescription, celle-ci se trouverait prolongée de trois mois, par rapport à la date à laquelle elle aurait dû s'achever. A première vue, cette possibilité de prolongation au profit du curateur à l'absence paraît injustifiée; car, pour lui, il semble bien que la situation n'ait pas changé : il est en état de poursuivre après comme il l'était avant. On a songé à l'hypothèse surtout où des actions seraient nées pour ou contre l'absent, au lieu de sa résidence, lieu que le curateur peut ignorer, de même que ceux qui ont contracté avec l'absent pourront ignorer, après son décès, l'existence du curateur. Il fallait donc, dans ce double intérêt, accorder un supplément de délai, afin de mieux assurer la possibilité des poursuites (*M.*, 323; Pl., 258-259; Höld., 434).

§ IV. Enfin, il ne peut guère être douteux que, si la représentation de la succession venait à cesser ou à être interrompue, soit pour le cas du curateur à l'absence, soit lorsqu'il y a eu curateur à succession vacante ou exécuteur testamentaire, cet événement se produisant avant le délai de six mois établi par l'article 207, ce délai cesserait de courir, et qu'un second délai de six mois commencerait à nouveau, lorsque se produirait l'un des trois événements prévus par l'article 207. Une solution analogue est admise, pour le cas de l'article 206, lorsqu'il y a une nouvelle interruption de la représentation légale

dure de faillite s'est ouverte par rapport à la succession, ou celui à partir duquel il a été possible de faire valoir la prétention par ou contre un représentant. Si le délai de prescription est inférieur à six mois, la période de temps établie pour pouvoir prescrire est substituée au délai de six mois.

Art. 208. La prescription est interrompue lorsque l'obligé reconnaît vis-à-vis de l'ayant droit l'existence de la prétention, par

---

au cours du délai de six mois. Planck reconnaît, il est vrai, que le texte de l'article 207 se prête un peu moins bien que celui de l'article 206 à cette interprétation. On pourrait soutenir en effet que, du moment que se trouve réalisé le fait prévu par l'article 207, lequel est l'existence d'un représentant contre lequel ou par lequel les droits puissent être exercés, le délai de six mois court toujours quoi qu'il arrive, que la représentation vienne ou non à cesser. D'après l'article 206, lorsque cette représentation venait à cesser, on retombait précisément sous l'empire du texte, lequel prévoit cette interruption de représentation. Mais le but de l'article 207 condamnait absolument cette interprétation littérale. On a considéré, dès qu'une succession est sans représentant, qu'elle devait être assimilée au cas d'un mineur ou d'un incapable dépourvus de leur représentant légal, et que, toutes les fois qu'un nouveau représentant est nommé, il faut qu'il ait un délai de six mois au moins pour se mettre au courant de la situation (Pl., 258).

Art. 208. § I. La première cause d'interruption de la prescription est la reconnaissance faite par l'obligé du droit contre lequel courait la prescription. Cela n'implique pas forcément que l'obligé entende s'obliger par là à payer quoi qu'il arrive, ou qu'il s'interdise de jamais invoquer la prescription; mais cette déclaration par laquelle il reconnaît l'existence du droit fait que l'ayant droit a dû compter être payé, et cela explique qu'il ne poursuive pas : il y aurait donc atteinte à la bonne foi à permettre à l'obligé de se prévaloir d'une prescription à laquelle on a dû croire qu'il avait renoncé. Ainsi s'explique que tout le temps antérieur soit désormais non avenu; et que ce soit une nouvelle prescription qui recommence. Seulement, il est très délicat de prévoir exactement quel caractère devrait avoir ce fait de reconnaissance de la dette pour interrompre ainsi la prescription. Il est bien certain qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat de reconnaissance au sens de l'article 781, lequel constitue une

le payement d'un acompte, le payement d'intérêts, la prestation d'une sûreté, ou de toute autre manière.

---

cause nouvelle de la dette, et par suite une dette nouvelle qui se substitue à l'ancienne. Donc il ne s'agit pas d'une reconnaissance qui ait besoin d'être acceptée par le créancier. On vise un acte de reconnaissance purement unilatéral; mais suffirait-il d'une pure déclaration verbale, indépendante de toute idée d'acte juridique, pourvu qu'elle constitue un aveu du débiteur relatif à l'existence de la dette? On avait proposé, devant la seconde Commission, d'exclure la reconnaissance purement verbale, qui ne se traduirait pas par un acte juridique, et qui risquérait de faire considérer comme une reconnaissance de dette de simples formules de politesse de la part du débiteur. Mais cet amendement fut repoussé (*Pr.*, 222-223); non pas que l'on eût entendu accepter comme pouvant faire preuve de la volonté du débiteur de reconnaître l'existence de la dette de simples formules qui ne fussent pas données sérieusement : on a considéré qu'il s'agirait là de la pure manifestation d'une conviction, indépendante de la volonté de faire un acte juridique proprement dit. Il suffit, mais il faut, que le débiteur ait conscience de la portée de sa déclaration. Il faut qu'il ait conscience de faire une déclaration dont on puisse se prévaloir pour lui opposer l'existence de la dette; il n'est pas nécessaire qu'il ait eu la volonté de faire un acte juridique, en vue d'un effet de droit à réaliser. Cet effet de droit, la loi l'attache à sa déclaration, alors même que celle-ci ne l'aurait pas eu en vue; c'est en ce sens que cette reconnaissance est conçue comme un pur fait de manifestation de volonté, et non comme une déclaration de volonté en vue d'un acte juridique (cf. *M.*, III, p. 82).

§ II. En dépit de ces affirmations des travaux préparatoires (*M.*, I, 326, et *Pr.*, I, 222-223), Endemann (p. 391, § 91, note 6), tout en admettant qu'une reconnaissance verbale et unilatérale doive suffire, exige, puisque d'après l'article 208 cette reconnaissance doit avoir été faite vis-à-vis de l'ayant droit, qu'elle se réalise par une déclaration de volonté, ayant le caractère d'un acte juridique, adressé à l'intéressé et susceptible de lier celui de qui il émane, au sens de l'article 130. Il est vrai que ce pourrait être une déclaration tacite, dans la mesure où l'on admet que l'article 130, pour les déclarations s'adressant à l'intéressé, puisse viser les déclarations tacites. Planck (p. 259) et Hölder (p. 435) combattent très vivement cette manière de voir. Il suffit, pour l'application de l'article 208, d'une manifestation de volonté par laquelle on ait voulu révéler la conscience que l'on avait de l'existence de la dette, sans autre

Art. 209. La prescription est interrompue lorsque l'ayant droit introduit une action soit en satisfaction, soit en constatation judiciairede, sa prétention, soit encore en délivrance d'une formule exécutoire ou en reddition d'un jugement d'exécution (1).

---

intention de vouloir réaliser un acte juridique, produisant un effet juridique; la seule preuve de cette manifestation de volonté, en tant qu'on a eu l'intention de la réaliser à l'égard de l'ayant droit, est une reconnaissance suffisante, sans qu'il y ait à exiger les conditions d'existence ou de perfection, ou encore d'irrévocabilité, d'une déclaration juridique à proprement parler. Et quant aux actes juridiques cités à titre d'exemple par l'article 208, ils sont admis, non pas en tant qu'actes juridiques valables en eux-mêmes, mais dans la mesure où ils impliquent la preuve d'une manifestation de reconnaissance de la dette; de sorte qu'il n'y a pas à se demander si en eux-mêmes ils sont ou non capables de produire l'effet qu'ils avaient en vue. Ainsi, une offre de payement contient, de toute façon, une reconnaissance au sens de l'article 208, indépendamment de toute question relative au refus d'acceptation et à la demeure du créancier. Toute cette théorie s'appuie, en ce qui concerne le texte, sur l'expression finale de l'article 208, qui, après avoir énuméré certains actes juridiques qui impliquent manifestation de reconnaissance de dette, ajoute que cette dernière pourra se réaliser encore de toute autre manière : cette formule a été employée à dessein (*Pr.*, 222-223). On pourra voir d'ailleurs l'énumération plus détaillée de l'article 169 P[1].

Art. 209 (1). La prescription ne se justifie qu'autant que le créancier n'exerce pas son droit; aussi la menace doit-elle en être écartée dès que celui-ci met en œuvre la prétention qui lui appartient. Toutefois, on n'admet plus que la simple sommation suffise à interrompre la prescription (cf. exception, cependant, au cas de l'article 478). On exige, pour qu'il en soit ainsi, un acte de procédure proprement dit et, en principe, un acte devant avoir pour effet de soumettre la demande à l'appréciation des tribunaux, de telle sorte que le créancier risque de voir sa demande supprimée si la justification n'en est pas fournie. Aussi le procédé normal d'interruption est-il l'introduction de la demande, conformément à l'article 253 du Code de procédure civile (cf. art. 499, 500, 510, 696, 771 C. Pr. all.; cf. art. 152 L. Intr.). Et il importe peu qu'il s'agisse d'une action en exécution ou d'une demande en reconnaissance ou en constatation judiciaire du droit lui-même, conformément à l'article 256 du

A l'introduction de l'action sont assimilés :

1° La signification d'un ordre de payement en forme de procédure de sommation (2);

2° La production de la prétention dans une procédure de faillite (3);

3° La mise en œuvre de la compensation relativement à la prétention au cours du procès (4);

Code de procédure civile. Et il en est de même de la demande ayant pour objet la délivrance de la formule exécutoire (art. 731 C. Pr. all.) ou l'obtention d'un jugement d'exequatur (art. 722 C. Pr. all.). L'expression employée par le texte d'«action en satisfaction d'un droit» n'a, d'ailleurs, qu'une valeur de terminologie technique; elle désigne la demande ayant pour but l'exécution; et, comme la satisfaction due au créancier n'est pas forcément un fait à exécuter par le débiteur, on a préféré le terme plus général d'«action en satisfaction».

(2) Lorsque le commandement de payer se produit par acte de procédure, au moyen de la procédure par voie de sommation (art. 688, art. 693 C. Pr. all.), la créance est, par le fait même, portée en justice; cette signification d'un ordre de payement équivaut donc, au point de vue de la prescription, à l'introduction de la demande.

(3) L'effet serait le même pour le cas de production à la faillite (*Konk. Ordn.*, art. 13, 127).

(4) En ce qui concerne la compensation, l'article 209 ne fait pas allusion à la compensation dont l'effet juridique se serait produit conformément à l'article 389, soit qu'elle eût été déclarée en justice, soit plutôt qu'elle eût été opposée par déclaration extrajudiciaire; car, en pareil cas, d'après l'article 389, les deux dettes sont considérées comme éteintes, et même comme l'ayant été du jour où la compensation a été possible. Celui qui a opposé la compensation, s'il voulait à nouveau poursuivre son droit, ne pourrait pas se prévaloir d'une prétendue interruption de prescription résultant de la compensation, puisque ce serait reconnaître, par le fait seul qu'il invoque la compensation, que son droit est éteint. Et, de même, celui contre lequel l'action serait intentée, en dépit de la compensation déjà réalisée, n'aurait qu'à se prévaloir de cette compensation ou, si l'on suppose la prescription achevée, à invoquer cette dernière, sans que le demandeur risque d'opposer l'interruption de prescription

4° La dénonciation d'instance faite dans le procès de l'issue duquel dépend la prétention (5);

---

provenant de la compensation, puisque ce serait reconnaître l'extinction de son droit. Il faut donc, pour l'application de l'article 209, supposer une compensation purement éventuelle, comme cela se produit fréquemment en justice, déclaration de compensation qui ne doive produire son effet que si la créance, objet de la poursuite, se trouve admise et reconnue existante. Si donc cette créance est rejetée pour d'autres motifs, il se trouve que la compensation est devenue inutile; et en fait elle ne se réalise pas, puisque la créance réciproque, avec laquelle l'effet compensatoire devait se produire, est écartée ou supprimée. La créance du défendeur qui avait été ainsi opposée en compensation, d'une façon au moins purement éventuelle, n'a plus à être soumise à l'appréciation du juge. Il se trouve que le défendeur a simplement invoqué un droit qu'il prétend lui appartenir; mais la justification de ce droit n'est plus soumise au juge, comme lorsqu'il y a une demande en justice. Aussi s'était-on refusé, devant la première Commission, à assimiler cette déclaration judiciaire de compensation à une demande en justice, avec effet interruptif (*M.*, 328). Mais cette application rigoureuse des principes a paru injustifiée devant la seconde Commission, vu que le défendeur a fait tout ce qui dépendait de lui pour affirmer l'existence de son droit, et qu'éventuellement il se soumettait à l'appréciation du juge, pour le cas où la créance poursuivie contre lui se serait trouvée justifiée et que la compensation eût été amenée à produire son effet utile; dans ce cas, en effet, le demandeur eût été libre de contester la créance qui lui aurait été opposée et d'en soumettre l'appréciation au juge. Il aurait été extrêmement rigoureux d'obliger le défendeur, pour interrompre la prescription, à faire valoir sa créance au moyen d'une contre-demande véritable, avec introduction d'instance, au lieu de se contenter d'une déclaration judiciaire de compensation. Cette rigueur aurait été injustifiée là surtout où il se fût agi de courtes prescriptions, dont le délai fût à la veille d'être achevé. On fit remarquer, du reste, que, pour des raisons d'équité analogues, on avait admis l'effet interruptif d'autres procédés judiciaires, tels que la dénonciation d'instance, qui n'avaient pas pour effet direct de soumettre au juge la demande dont on se prévalait; et qu'il devait en être de même de la compensation opposée en justice (*Pr.*, 224-225). Quant à la façon dont la compensation devra être opposée, il n'y aura qu'à appliquer l'article 278 du Code de procédure civile (cf. Pl., p. 261).

(5) La dénonciation d'instance implique que le droit au sujet duquel on dé-

5° L'accomplissement d'un acte d'exécution et, en tant que l'exécution forcée rentre dans les attributions des tribunaux ou de toute autre autorité, le dépôt de la requête à fin d'exécution forcée (6).

Art. 210. Si l'admissibilité de l'instance dépend de la décision préalable d'une autorité ou que la détermination du tribunal com-

---

nonce l'instance dépend de l'issue du procès en cours (art. 69 et 70 C. Pr. all.); c'est le cas, par exemple, d'un acheteur poursuivi par un tiers qui prétend avoir un droit sur la chose et qui fait appel à son vendeur (art. 434, art. 440). La créance qui résultera pour l'acheteur, s'il est évincé, contre celui qui lui avait vendu et garanti la chose, dépend de l'issue de l'instance ainsi dénoncée au vendeur; et cependant ce droit de l'acheteur contre son vendeur n'est pas soumis au juge saisi de la première instance. Il ne s'agit pas encore d'une action intentée contre le vendeur. Il y avait toutefois des raisons d'équité, qui vraiment s'imposaient, pour assimiler cette dénonciation d'instance à une demande intentée contre le vendeur, d'une façon générale à une affirmation judiciaire du droit appartenant à celui qui fait la dénonciation contre celui qu'il appelle en cause. Il faut rapprocher de ce moyen conservatoire celui dont il est question à l'article 477 al. 2, et qui, pour des raisons d'équité analogues, est admis comme devant avoir pour effet également d'interrompre la prescription.

(6) Cet effet interruptif devait appartenir, enfin, sans qu'il pût y avoir aucun doute à cet égard, aux actes d'exécution forcée, soit qu'il s'agît d'un débiteur déjà condamné et à l'égard duquel il y eût à faire exécuter le jugement obtenu contre lui, soit que ces actes d'exécution fussent permis en vertu de toute autre disposition légale (art. 794 C. Pr. all.; cf. art. 808, 814, 826, 829 et suiv., C. Pr. all.).

Art. 210. § I. Il y avait lieu de prévoir le cas où l'action ne pourrait pas être intentée, au moins immédiatement, parce que l'introduction de l'instance dépendait d'une autorisation préalable, comme, par exemple, pour certaines poursuites à l'égard des fonctionnaires (cf. art. 11, Loi d'introduction de la Loi sur l'organisation judiciaire, § 11 *Einf. Ges. zum Ger. Verf. Ges.*), ou encore parce que la désignation du tribunal compétent dépendait d'une décision à intervenir de la part d'une juridiction supérieure (art. 36 et 37 C. Pr.

pétent soit remise à la décision d'une juridiction supérieure, la prescription est interrompue par la présentation de la demande ainsi

---

all.). On aurait pu comprendre, en pareil cas, que la prescription fût suspendue pendant tout le temps qui se serait écoulé entre la présentation de la requête à fin d'autorisation de poursuite, ou à fin de détermination de compétence, et la décision rendue sur cette requête de la partie intéressée (cf. *M.*, 340 et Hölder., 438). La loi a préféré un autre système : elle décide que le seul fait de la présentation de la requête produira le même effet interruptif que celui qui fût résulté de l'introduction de l'instance, seulement à une condition, à la condition qu'une fois l'autorisation accordée ou la compétence ainsi déterminée, l'action soit intentée dans les trois mois qui suivront. C'est donc une sorte d'interruption conditionnelle. Et Hölder, pour en bien montrer l'application, propose les exemples suivants. Que l'on suppose la demande adressée juste un an avant l'achèvement de la prescription et la décision intervenant après un délai de neuf mois, si l'intéressé ne poursuit pas dans les trois mois, son action est prescrite, alors que, sur l'année qui aurait dû lui rester, il n'a eu que trois mois utiles pendant lesquels il a pu agir. S'il y avait eu suspension, il lui serait resté un an à partir de la décision rendue. Si, au contraire, il n'y avait plus, au moment où il forme sa demande, qu'une semaine à courir, lorsque la réponse lui parvient, il aura encore trois mois pour agir utilement.

§ II. Quant à l'indication donnée par l'article 210, d'après laquelle la présentation de la requête interrompt la prescription comme le ferait une demande en justice, elle vise tout particulièrement le cas de l'article 36 al. 6 du Code de procédure civile, dont s'occupait l'article 171 al. 3 P[1]. Il s'agit de la demande en règlement de juges, lorsqu'une action a été intentée devant plusieurs tribunaux qui se sont déclarés incompétents, alors que l'un d'eux était, en réalité, compétent pour juger de l'affaire. La combinaison de l'article 212 avec l'article 210 a permis à la seconde Commission de ne plus faire d'allusion expresse à cette hypothèse. En effet, d'après l'article 212, lorsqu'une demande avait été intentée, si elle est rejetée pour incompétence, en principe, l'interruption de prescription qu'elle avait produite est considérée comme non avenue, sauf exception pour le cas où, dans les six mois, une nouvelle action serait intentée. Si donc la présentation de la demande en règlement de juges est assimilée à l'introduction d'une demande en justice, il suffira que la présentation de la requête ait lieu dans les six mois, pour que la prescription soit considérée comme interrompue, non plus à partir de cette présentation,

adressée à l'autorité ou à la juridiction supérieure, de la même manière qu'elle le serait par l'introduction de l'action, pourvu que l'action soit introduite dans les trois mois qui suivent l'issue donnée à la demande. Il y a lieu de faire à ce délai application correspondante des dispositions des articles 203, 206, 207.

Art. 211. L'interruption par introduction de l'action dure jusqu'à

---

mais à partir de l'introduction de la première instance. Cette disposition est importante, parce qu'il peut se faire que l'action intentée sur la décision intervenue en matière de règlement de juges ne soit introduite que plus de six mois après la première instance repoussée pour incompétence; on a vu, en effet, que pour cette nouvelle action on avait un délai de trois mois à partir de la décision intervenue. Si donc on eût appliqué l'article 212 al. 2, cette seconde action intervenant plus de six mois après la première, l'interruption produite par celle-ci eût été non avenue, et il eût fallu s'en tenir à l'interruption provenant de la présentation de la demande en règlement de juges. Mais n'aurait-il pas pu arriver que celle-ci, bien que se produisant moins de six mois après la première instance, se trouvât n'intervenir qu'après le délai de prescription achevé? On voit donc quel est l'intérêt pratique de toute cette réglementation (*Pr.*, 227-128; Pl., 262). Il pourrait se faire aussi, puisque l'article 36 al. 6, du Code de procédure civile supppose plusieurs instances successivement repoussées, que la présentation de la demande en règlement de juges intervînt plus de six mois après la première instance, mais moins de six mois après la dernière; cela suffira, d'après la combinaison des articles 212 et 210, pour que la solution visée par l'article 210 soit encore applicable.

§ III. Pour ce qui est du délai de trois mois de l'article 210, il ne s'agit plus d'un délai de prescription, mais d'un délai de forclusion. Il n'y aura donc pas à lui appliquer, en principe, les dispositions sur les causes de suspension de la prescription. Toutefois la loi admet que les articles 203, 206 et 207 seraient applicables (cf. également art. 490).

Art. 211. § I. En principe, lorsqu'il se produit un événement qui interrompe la prescription, une nouvelle prescription recommence aussitôt. Mais, lorsque l'interruption provient de l'introduction d'une demande en justice, il s'ajoute à l'interruption, comme dit Hölder (p. 439), une sorte de suspension

ce que le procès soit tranché par une décision ayant acquis force de chose jugée ou qu'il se soit terminé de toute autre manière.

---

qui empêche la nouvelle prescription de reprendre immédiatement : l'interruption dure jusqu'à ce que le procès soit terminé par un fait qui opère la clôture régulière de l'instance. En général, ce sera un jugement rendu en force de chose jugée, qu'il soit ou non rendu sous réserve (art. 219). Et si la demande a été repoussée pour des raisons qui ne fussent pas tirées du fond du droit, c'est alors que s'applique l'article 212 (cf. *infra*). Mais il faut assimiler à la clôture par voie de jugement tout autre mode régulier de mettre fin à l'instance; par exemple, la transaction judiciaire dont il est question à l'article 794 du Code de procédure civile. Toutefois le seul fait de la part du demandeur de s'être désisté ou d'avoir renoncé à sa demande, de même que le fait de la part du défendeur d'avoir reconnu le bien fondé de la demande, ne suffisent pas à eux seuls pour clore l'instance, puisqu'il faut encore qu'un jugement intervienne sur conclusions, soit du défendeur, pour le premier cas, soit du demandeur, dans le second (art. 305 et art. 307 C. Pr. all.). Et, si aucune conclusion n'est prise en ce sens, et que l'instance se trouve en fait abandonnée, on rentre alors dans l'hypothèse prévue par l'article 211 al. 2; mais c'est l'abandon de l'instance, et non l'acte de renonciation ou de reconnaissance, qui fonde l'interruption de prescription.

§ II. Quant à l'arrêt de l'instance, il ne faudrait pas l'identifier avec tout fait d'interruption ou de suspension d'instance, puisqu'il s'en faut que tout fait de ce genre, entendu au sens des faits prévus aux articles 239 et suivants C. Pr. all., fasse toujours forcément cesser l'interruption de prescription. De même ne faudrait-il pas entendre par là un abandon proprement dit, puisqu'il ne s'agit pas de faits qui opèrent clôture de l'instance. On a visé deux causes d'arrêt de l'instance, dont l'une est une cause de suspension proprement dite, la suspension prévue par l'article 251 C. Pr. all., pour le cas où les parties conviennent de suspendre la procédure, et dont l'autre est l'abandon de fait de l'instance par suite de l'interruption de la procédure. Il s'agissait de savoir, dans tous ces cas, si l'interruption de prescription serait non avenue, comme le déclare l'article 2247 C. civ. fr., pour le cas de péremption d'instance; ou s'il y aurait alors une prescription spéciale à l'instance, par suite de laquelle le procès ne pourrait être repris; ou enfin si l'on admettrait que ce fût la prescription du droit lui-même qui commençât à courir, l'interruption initiale produite par l'introduction de la demande ayant cessé. C'est dans ce

Si le procès s'arrête par suite d'une convention conclue entre les parties ou par le fait que la marche de la procédure en est

---

dernier sens que se prononce l'article 211, ne voulant pas tenir l'interruption pour non avenue rétroactivement, comme c'est le système français, et préférant donner ouverture à une nouvelle prescription de l'action, avec toutes les variétés de délais afférentes aux différents droits, plutôt que d'admettre une prescription de l'instance avec un délai unique, quel qu'ait été le droit objet de l'instance (*M.*, 331-333). Pour ce qui est du moment précis auquel cesse l'interruption initiale et où commence une prescription nouvelle, il est indiqué par l'article 211, non pas comme étant celui auquel la suspension d'instance a commencé, puisqu'il pourrait y avoir des doutes à ce sujet, mais celui du dernier acte de procédure provenant des parties ou du tribunal; et il en sera ainsi non seulement pour le cas où ce seront les parties qui n'ont plus continué l'instance, mais également pour le cas où il y aurait eu une véritable convention conclue entre elles à cet égard: on s'attache, non pas à la date de cette convention, mais à la date du dernier acte de procédure (*Pr.*, 229). Toutefois, l'article 211, parlant du cas où le procès n'est plus continué, entend faire allusion seulement à une discontinuité provenant des parties; il ne serait pas impossible cependant que l'arrêt provînt du tribunal, au cas d'enquête par exemple dont la conduite appartienne à la justice. Si celle-ci cesse de procéder aux actes qui lui incombent de ce chef, il y a un arrêt d'instance, qui est le fait du tribunal: on n'admet plus que cette suspension de fait entraîne cessation de l'interruption initiale de prescription. Seulement, comme il appartient aux parties de prendre des conclusions pour mettre la justice en demeure de donner suite au procès, si de leur silence on peut induire qu'il y ait abandon de l'instance de leur chef, on retombe sous l'application de l'hypothèse prévue par l'article 211 al. 2 (*M.*, 333). Il en est de même des autres causes d'interruption ou de suspension prévues aux articles 239 et suivants, C. Pr. all. A elles seules, elles ne suffisent pas à faire cesser l'interruption; la prescription reste suspendue, en ce sens qu'elle ne peut recommencer. Mais cet effet suspensif cesse dès que, par suite de cette cause d'interruption ou de suspension d'instance, il y a arrêt ou abandon de fait provenant des parties qui négligent de procéder aux actes qui leur incomberaient pour qu'il y eût reprise d'instance. Dès que cet abandon peut être considéré comme existant du chef des parties, l'article 211 al. 2 s'applique et la prescription court à nouveau (Pl., 267). Mais dans tous ces cas, si l'instance, après avoir été abandonnée,

abandonnée, l'interruption cesse avec le dernier acte de la procédure émanant, soit des parties, soit de la justice. La prescription nouvelle qui commence après que l'interruption a cessé est elle-même interrompue, par cela seul que l'une des parties reprend la marche de la procédure, de la même manière qu'elle le serait par une introduction d'action.

Art. 212. L'interruption par introduction de l'action est réputée

---

est reprise à nouveau, l'acte qui opère cette reprise d'instance opère une nouvelle interruption de prescription comme ferait l'introduction d'une demande en justice.

Art. 212. § I. L'article 212 indique ce qu'il advient de l'effet interruptif de l'introduction d'instance lorsque la demande est rejetée sans qu'il y ait jugement statuant au fond, soit qu'il y ait eu désistement, soit que la demande ait été repoussée pour incompétence ou pour toute autre nullité de procédure. Dans tous ces cas, l'action est considérée comme n'ayant pas été intentée (cf. C. Pr. all., art. 271 al. 3). Logiquement, l'effet interruptif devrait disparaître rétroactivement. Toutefois cette solution, à la prendre sous cette forme et sans autre atténuation, a toujours paru inadmissible pour certains cas purement formels de rejet d'instance, tels que l'incompétence, puisque le demandeur a manifesté de la façon la plus expresse son intention de poursuivre, et que la faute qu'il a commise en s'adressant à une juridiction incompétente n'atténue en rien l'affirmation judiciaire de son droit. D'autre part, déclarer d'une façon absolue qu'au cas d'incompétence l'effet interruptif se produirait toujours sans autre condition, comme l'a fait l'article 2246 C. civ. fr., pouvait paraître excessif, puisqu'il suffirait à un créancier, dont le droit parût douteux, et qui fût à la veille de subir la prescription, d'intenter une action devant un juge incompétent, dispensé par suite de statuer au fond, pour se ménager un nouveau délai qui lui permît d'attendre à son gré le moment de faire valoir sa demande dans des conditions qui pussent lui sembler plus favorables. Aussi le premier Projet (art. 171 P[1]) prenait-il un moyen terme, en exigeant, au cas de rejet d'instance pour incompétence, qu'une nouvelle action fût intentée dans les six mois pour que la première conservât son effet interruptif. D'après le premier Projet, il devait en être de même lorsque l'action avait été rejetée pour ce fait que le demandeur avait choisi une procédure inapplicable

non avenue, lorsque l'action est retirée ou qu'elle a été rejetée, en forme de chose jugée, par un jugement ne statuant pas sur le fond même du procès.

Si, dans un délai de six mois, l'ayant droit introduit à nouveau l'action, la prescription sera censée avoir été interrompue par l'introduction de la première instance. Il y a lieu de faire à ce délai application correspondante des dispositions des articles 203, 206, 207.

Art. 213. L'interruption par signification d'un ordre de paye-

---

à sa demande. Mais, lorsqu'il y avait eu désistement ou rejet d'instance pour tout autre vice de procédure, en dehors des deux hypothèses qui viennent d'être indiquées, le premier Projet écartait d'une façon absolue et sans réserve l'effet interruptif de la demande, celle-ci étant non avenue; et il en était encore ainsi, même si une nouvelle action était intentée dans les six mois.

§ II. La seconde Commission (*Pr.*, 226-227) a effacé ces distinctions de l'article 171 P[1] et décidé que, dans tous les cas où il y aurait rejet d'instance pour vice de forme, l'interruption en principe serait non avenue, mais que, dans tous les cas aussi, elle pourrait se reproduire à nouveau, avec effet rétroactif à la date de la première introduction d'instance, lorsque la demande serait renouvelée dans les six mois. Si donc la nouvelle instance est elle-même rejetée pour une cause analogue, par exemple pour incompétence, on lui appliquera la même solution, en ce sens que le jugement qui la repousse effacera l'effet qu'elle avait produit et qui était de remettre en vigueur l'interruption de la première instance, mais que, si une nouvelle et troisième demande est introduite dans les six mois, cet effet se renouvellera à son tour, de telle sorte que l'interruption de la première demande vaudra à nouveau, et ainsi de suite, si l'on peut dire. Ce sera chaque fois, comme dit Hölder (p. 441), une nouvelle extension du délai de prescription que le demandeur pourra se ménager ainsi, sauf, il est vrai, la charge qui lui en reviendra de supporter les frais. Si d'ailleurs il y avait eu épuisement des différentes juridictions sans qu'aucune se fût déclarée compétente, il y aurait lieu alors à règlement de juges, ce qui est l'hypothèse visée par l'article 210.

Art. 213. On sait que la signification d'un ordre de payement se produisant par voie de procédure de sommation produit les effets de la litispendance

ment en forme de procédure de sommation est réputée non avenue, lorsque les effets de la litispendance viennent à s'éteindre.

Art. 214. L'interruption par production dans une procédure de faillite dure jusqu'à ce que la faillite soit close.

(C. Pr. all., art. 693). Or ces effets disparaissent rétroactivement dans certains cas prévus au Code de procédure (art. 697, 700 et 701). Il était logique que, dans tous ces cas, l'effet interruptif fût également non avenu. Il faut remarquer toutefois que la loi, au cas de commandement, ne contient, comme le fait observer Planck (p. 264), aucune clause analogue à celle des articles 211, 214 et 215, d'après laquelle l'interruption dût se maintenir pendant un certain temps, avant qu'une nouvelle prescription se mît à courir. Il faut donc en conclure qu'en principe, lorsqu'il y a eu signification de ce commandement, une nouvelle prescription recommence immédiatement. Toutefois Planck indique d'une façon très exacte les atténuations apportées à ce principe par la combinaison des différentes règles du Code de procédure. C'est ainsi, par exemple, que, si le débiteur a formé opposition en temps utile, et que le créancier ait une action à faire valoir sur le fondement de son droit et qui soit de la compétence des tribunaux de bailliage, cette demande sera considérée comme ayant été introduite, devant le tribunal qui aura délivré le commandement, à partir de la signification de ce commandement (art. 696). La même solution s'impose pour le cas où l'on se prévalait d'une formule exécutoire, laquelle, d'après l'article 700, équivaut à un jugement par défaut, susceptible d'opposition. Si donc celle-ci est formée, la demande qui appartient au créancier sera censée avoir été introduite à partir de la signification ; et alors, dans tous ces cas, il y aura lieu d'appliquer à l'interruption de prescription la prolongation de durée de l'article 211 C. civ. Si cette action devait être intentée devant les tribunaux de district et qu'elle le fût dans les délais des articles 697 et 700, on appliquerait encore l'article 211 C. civ. Sinon les effets de la litispendance cesseraient (art. 701), et l'article 213 C. civ. trouverait alors sa pleine et complète application (cf. Pl., § 213).

Art. 214. § I. La faillite se termine par un jugement qui en prononce soit la levée (*Konk. Ordn.*, art. 163, art. 190), soit la clôture (*ibid.*, art. 202, art. 204). Il y a donc, suivant la formule d'Hölder (p. 442), jointe à l'interruption, une suspension de prescription qui se produit tant que dure la faillite.

L'interruption est réputée non avenue lorsque la production est retirée.

On a pu se demander toutefois quel sera le moment exact où cessera cette interruption suspensive, parce que l'on discutait en doctrine la question de savoir, lorsqu'il y avait levée ou clôture de la faillite, à quel moment en effet ces événements devaient produire leurs effets légaux; était-ce à celui de la sentence judiciaire qui prononce la levée ou la clôture de la procédure de faillite, ou à partir du moment où cette sentence a été publiée suivant la forme prescrite pour la rendre publique? Devant la seconde Commission on avait proposé un amendement destiné à trancher la question à propos de l'interruption de prescription et dans le sens de cette seconde solution (*Pr.*, 231). Mais on a jugé que ce n'était pas le lieu, dans un code de droit civil, et à propos d'une question spéciale, d'accepter une disposition légale à ce sujet. Il y aura donc encore à s'en remettre aux solutions le plus généralement acceptées par la doctrine, laquelle tendait à faire prévaloir le moment où il y avait publicité acquise (cf. Wilmowski, *Deutsche Reichs Konkursordnung*, sur l'ancien § 151-2). Il y a une autre question qui est examinée par les auteurs (Pl., 265; Höld., 442): il peut se faire, en effet, que le jugement d'ouverture de la faillite soit levé sur l'opposition de l'intéressé (art. 109, *Konk. Ordn.*, cf. art. 116). Si donc une production de créance avait eu lieu avant que cette mainlevée ait été donnée, on peut se demander si l'interruption va disparaître rétroactivement avec les effets du jugement prononçant l'ouverture de la faillite. On paraît d'accord pour admettre que l'interruption, ou plutôt, comme dit Hölder, la suspension qui en résulte et qui la suit, doive être considérée comme un effet attaché à la production elle-même beaucoup plus qu'au prononcé de la faillite. Cette production de créance équivaut, de la part du créancier, à une affirmation de son droit dans des formes dont la valeur est égale à celle d'une demande judiciaire; et la disparition même rétroactive de la faillite n'enlève rien à la valeur de cette manifestation juridique. La suspension de prescription devra donc, dans cette opinion, durer jusqu'à la mainlevée du jugement, sans être rétroactivement effacée.

§ II. Lorsque, de la part du créancier qui a produit à la faillite, il y a retrait de la production faite par lui, il va de soi que l'interruption devait être non avenue, comme dans le cas du désistement de l'article 212. Mais il n'y avait plus, en matière de production à faillite, à prévoir les autres événements mentionnés à l'article 212, tels que la mise à l'écart du créancier par un juge-

Si, lors de la clôture de la faillite, des fonds ont été réservés pour une créance qui, par suite d'une protestation élevée au moment de la vérification, s'est trouvée faire l'objet d'un litige, l'interruption se maintient même après la clôture de la faillite; elle ne cesse que conformément aux dispositions de l'article 211.

Art. 215. L'interruption par mise en œuvre de la compensation au cours du procès ou par dénonciation d'instance dure

---

ment statuant en la forme et non au fond, de même qu'il n'y avait pas à atténuer la solution donnée quant à la nullité rétroactive de l'interruption provenant du retrait opéré par le créancier par une exception analogue à celle de l'article 212 *in fine*, pour le cas où le créancier produirait à nouveau dans les six mois.

§ III. Il faut remarquer enfin que cette interruption dure toujours jusqu'à ce que la faillite soit terminée, sans qu'il y ait à la faire cesser avant cette clôture définitive de la procédure, par exemple parce qu'il y aurait un arrêt de la procédure, analogue à celui prévu par l'article 211 al. 2, ou encore parce que, sur l'opposition élevée par un des intéressés contre la créance ainsi produite, il y aurait eu jugement rendu en ce qui concerne le bien fondé de cette créance (*Konk. Ordn.*, art. 146 et 152). Mais, à l'inverse, il y a un cas où cette interruption avec suspension de prescription peut se prolonger au delà même de la clôture de la faillite : c'est lorsque cette créance ayant soulevé, lors de la vérification, une opposition de l'un des intéressés auxquels la loi donne le droit d'en contester le bien fondé, elle doit donner lieu à une instance en justice, et que, la faillite étant close avant que l'instance soit terminée, on a prélevé sur l'actif une réserve destinée aux frais de la poursuite (*K. Ordn.*, art. 168). On applique alors à la cessation de l'interruption toutes les dispositions admises à cet égard en ce qui touche l'interruption provenant d'une demande en justice (art. 211); et, dans ce cas alors, il y aurait lieu de tenir compte d'un arrêt de la procédure (art. 211).

Art. 215. § I. La seconde Commission avait admis que le fait de faire valoir en justice, et sous forme purement éventuelle, la compensation serait une cause d'interruption de la prescription, au même titre que la dénonciation d'instance. Il en résultait qu'il fallait admettre une prolongation analogue de l'interruption pendant la durée de l'instance et jusqu'à ce qu'elle eût pris fin,

jusqu'à ce que le procès soit tranché par une décision ayant acquis force de chose jugée ou qu'il se soit terminé de toute autre manière; les dispositions de l'article 211 al. 2 reçoivent application.

---

avec application des dispositions correspondantes de l'article 211 pour le cas de suspension d'instance ou d'arrêt de procédure. Toutefois on avait fait observer que l'instance pouvait se terminer sans qu'une décision fût intervenue au sujet de la créance invoquée sous forme de compensation, et que même ce serait le cas ordinaire, puisque, si une décision judiciaire fût intervenue à cet égard, il y aurait le plus souvent extinction des deux prétentions par voie de compensation : de telle sorte que, si la créance ainsi opposée se trouve n'avoir donné lieu à aucune compensation proprement dite et qu'on n'ait pas eu à en tenir compte, la situation se trouve être à peu près la même que lorsqu'une action est écartée par un jugement qui ne statue pas au fond. Or, dans cette dernière hypothèse, l'interruption est rétroactivement effacée, à moins que l'action ne soit reprise dans les six mois, auquel cas l'interruption date de la première introduction d'instance, comme on l'a vu sur l'article 212. On avait donc objecté qu'il serait injustifié pour un cas à peu près analogue, en matière de compensation, de laisser persister l'interruption qui se fût produite (*Pr.*, 225). Il est certain, en effet, que, si l'on invoque une créance en réponse à une demande judiciaire, c'est en vue d'une exécution immédiate; si donc la compensation ne se produit pas, par exemple parce que la demande elle-même n'était pas fondée, l'affirmation de son droit faite par celui qui avait opposé la créance ne peut avoir de valeur sérieuse que si elle est suivie à son tour d'une action assez prompte en vue d'en obtenir l'exécution. Aussi a-t-on admis pour cette hypothèse une disposition correspondant à celle de l'article 212 al. 2, en ce sens que l'on déclare l'interruption par voie de compensation comme étant non avenue si, dans les six mois qui suivent la fin de l'instance, une action n'est pas intentée en vue de faire valoir la créance dont on se prévalait; et les mêmes motifs ont fait étendre cette disposition au cas de dénonciation d'instance (*Pr.*, 229). De cette assimilation avec l'article 212, il faut donc conclure, en dépit d'une rédaction un peu différente, que, si l'action est intentée dans les six mois, l'interruption reste valable à sa date initiale, c'est-à-dire du jour où la compensation a été opposée, sans que la suspension de prescription, comme dit Hölder (p. 442), qui ait commencé à cette même date, ait été elle-même interrompue (cf. Pl., 266).

§ II. Seulement Planck traite à ce sujet d'une question relative à la preuve,

L'interruption est réputée non avenue si, dans les six mois qui suivent la cessation du procès, il n'y a pas eu introduction d'une action, soit en satisfaction, soit en constatation judiciaire, de la prétention. Il y a lieu de faire à ce délai application correspondante des dispositions des articles 203, 206, 207.

Art. 216. L'interruption par accomplissement d'un acte d'exécution est réputée non avenue lorsque la mesure d'exécution a été levée à la requête de l'ayant droit ou pour défaut des conditions préalables exigées par la loi.

L'interruption par dépôt de la requête à fin d'exécution forcée

---

au sujet de laquelle il semble bien que les opinions doivent rester partagées. La rédaction primitive de la seconde Commission, en ce qui touche cette seconde disposition du texte, portait que l'interruption serait non avenue si l'intéressé n'intentait pas l'action dans les six mois (art. 181 P²). Il fallait en conclure, comme Planck le remarque avec raison, que c'était à celui à qui la créance avait été opposée d'établir, s'il soutenait que l'interruption était non avenue, que l'intéressé avait laissé passer le délai de six mois sans introduire sa demande. Or, de ce que les Projets qui ont suivi et le texte actuel (cf. art. 210 P³) ne parlent plus de l'intéressé, mais déclarent que l'interruption est non avenue si l'action n'est pas intentée dans les six mois, Planck verrait là un changement de système quant à la répartition des rôles en matière de preuve. C'est celui qui invoque l'interruption, donc celui qui avait opposé la compensation, qui, pour s'en prévaloir, devrait prouver qu'il a bien intenté l'action dans le délai légal. A prendre le texte tel qu'il est, on ne voit pas bien comment cette déduction pourrait en ressortir ; et les procès-verbaux de la seconde Commission relatifs à la revision du premier texte du second Projet sont loin de laisser deviner aucune intention ferme à cet égard (cf. *Pr.*, VI, 383).

Art. 216. Il résulte des dispositions de l'article 216 que l'interruption résultant d'un acte d'exécution ou de la requête à fin d'exécution forcée ne se prolonge pas au delà de l'acte qui a donné lieu à cette interruption. Seulement, il allait de soi que, si ces actes ne recevaient aucune suite ou qu'il en fût donné mainlevée, l'effet interruptif devait en être rétroactivement effacé.

est réputée non avenue s'il n'est pas fait droit à la requête ou qu'elle soit retirée avant tout accomplissement d'un acte d'exécution, ou que la mesure d'exécution à laquelle il avait été procédé ait été levée conformément aux prévisions de l'alinéa 1er.

Art. 217. Lorsque la prescription est interrompue, le temps écoulé jusqu'à l'interruption n'entre pas en compte; une prescription nouvelle ne peut commencer qu'après cessation de l'interruption.

Art. 218. Une prétention constatée judiciairement par décision ayant acquis force de chose jugée se prescrit par trente ans, même

---

Art. 217. L'effet de l'interruption, tel qu'il est admis par le Code civil allemand, est celui qui était consacré par la tradition et par toutes les législations, sur le fondemont du droit romain : il consiste à effacer tout le temps qui a couru antérieurement et à permettre à une nouvelle prescription de recommencer immédiatement. Seulement on a vu, par les dispositions qui précèdent, que dans certains cas l'interruption peut se prolonger, en ce sens qu'elle comporte, comme dit Hölder, un certain délai suspensif qui dure jusqu'à l'arrivée de tel événement ou de telle éventualité, fixés par la loi, auquel cas la nouvelle prescription ne commence que lorsque l'interruption a pris fin.

Art. 218. § I. Il est admis traditionnellement que, lorsqu'un droit soumis à une courte prescription se trouve avoir fait l'objet d'une action en justice ayant donné lieu à une décision passée en force de chose jugée, il s'opère comme une sorte de novation au sujet de la prescription et que le droit qui est ainsi reconnu et fixé par jugement se prescrit désormais par trente ans. Les raisons qui avaient fait admettre un délai plus abrégé de prescription n'existent plus; il n'y a plus à craindre que la preuve du droit disparaisse et que la situation juridique des intéressés devienne incertaine. Il n'y a donc plus à la fixer d'une façon définitive et irrévocable à bref délai. D'autre part, ces motifs ayant disparu, il ne fallait pas encourager l'ayant droit, en le menaçant de la perte de son droit à courte échéance, à procéder sans délai à l'exécution forcée, sans autre ménagement à l'égard de son débiteur. C'est cette dernière considération, qui, au point de vue pratique, et dans l'intérêt de celui contre lequel le

lorsque en soi elle est soumise à une prescription plus courte. Il en est de même d'une prétention résultant d'une transaction exécutoire ou d'un titre exécutoire, comme de celle qui est devenue exécutoire par le fait de sa constatation réalisée par voie d'admission à la faillite.

En tant que la constatation se trouve avoir pour objet des prestations périodiques à échéances régulières qui ne doivent devenir exigibles que dans l'avenir, il y a lieu de s'en tenir à la plus courte prescription.

Art. 219. Vaut comme décision ayant acquis force de chose

---

jugement avait été rendu, a surtout fait admettre en pareil cas le retour à la prescription de trente ans, conformément au droit commun. Bien entendu, il fallait assimiler à la reconnaissance judiciaire toutes les hypothèses dans lesquelles le droit se trouve constaté par un titre ou par un acte dont la preuve ne donne lieu à aucune incertitude, tel que la transaction, le titre exécutoire et l'admission à la faillite.

§ II. Cette constatation des droits, en tant qu'elle résulte des différents procédés prévus par l'article 218, transaction, titre exécutoire, admission à la faillite, mais surtout en tant qu'elle a été réalisée par jugement, peut s'appliquer à des prestations à échoir; le Code de procédure a prévu expressément cette hypothèse à propos de l'action en constatation de droit, laquelle a pour objet de faire reconnaître par justice le droit de l'une des parties avant même que toute condamnation puisse être prononcée, faute d'échéance du droit (cf. Sal., *Décl.*, sur l'art. 142, p. 360 et p. 362); elle peut porter sur des prestations à venir (C. Pr. all., art. 256 et art. 258). Dans tous ces cas, il allait de soi, en ce qui concerne ces prestations à venir, que cette constatation judiciaire anticipée n'en pouvait pas modifier le délai de prescription : elles restent soumises à la prescription abrégée. Il n'en serait plus de même, bien entendu, si ces procédés de reconnaissance judiciaire, ou autres analogues, s'appliquaient à des prestations échues.

Art. 219. Le Code de procédure admet, dans certains cas, qu'un jugement puisse être rendu sous réserve, pour celui contre qui il est prononcé, de la faculté de faire valoir tels ou tels droits déterminés (cf. C. Pr. all.,

jugée au sens de l'article 211 al. 1 et de l'article 218 al. 1 le jugement rendu sous réserve dès qu'il a acquis force de chose jugée.

Art. 220. Si la prétention doit être portée devant une juridiction arbitrale ou une juridiction spéciale, devant une juridic-

---

art. 599 et art. 540) ou, d'une façon générale, de faire valoir ses droits. De pareils jugements n'en sont pas moins des jugements sur le fond du droit; ils gardent cependant un caractère provisoire quant aux droits réservés (art. 600 et art. 541 C. Pr. all.). Aussi aurait-on pu se demander s'ils constituaient des décisions définitives pour l'application des articles 211 et 218. C'est dans ce dernier sens que se décide l'article 219. Dans cette catégorie, il faudra ranger l'hypothèse prévue par l'article 145 C. Pr. all. (cf. art. 302 et art. 600 al. 2, C. Pr. all.). De même pour l'article 529 C. Pr. all. (cf. Pl., sur § 219).

Art. 220. § I. L'application aux hypothèses prévues des dispositions indiquées par l'article 220 ne peut être faite que conformément à la nature de chacun des cas visés par la loi, et par voie d'analogie; c'est ce que la terminologie du Code civil appelle faire application conforme, ou plutôt correspondante, on pourrait dire aussi application appropriée. Cette observation s'imposait en l'espèce, puisque, pour ne signaler que cet exemple, les dispositions du Code de procédure relatives aux décisions arbitrales (art. 1025 et suiv. C. Pr. all.) ne désignent aucun acte précis qui doive correspondre à ce qu'est l'introduction de la demande devant la juridiction de droit commun; et comme c'est cet acte qui est interruptif de prescription (art. 211), il faudra déterminer, lorsqu'il s'agira de juridiction arbitrale, l'acte analogue qui correspondrait à l'introduction de l'instance. Il va de soi en effet que le simple compromis, passé entre les intéressés, par lequel les parties décident de soumettre leur différend à des arbitres, désignent ces derniers, ou s'entendent sur la façon de les désigner et règlent la procédure, ne peut pas suffire à valoir comme acte introductif d'instance en vue d'interrompre la prescription : il ne constitue ni un acte de reconnaissance du droit, conformément à l'article 208, ni aucun des procédés prévus et visés par l'article 209 (Pl., sur § 220 *in fine*). Ce sera donc d'après les voies et moyens prévus par le compromis lui-même en vue de constituer et de saisir le tribunal arbitral que l'on devra déterminer

tion administrative ou une autorité administrative, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions des articles 209 à 213, 215, 216, 218, 219.

Si le contrat d'arbitrage ne désigne pas le juge arbitral ou que la désignation d'un juge arbitral soit rendue nécessaire pour une raison quelconque ou que la juridiction arbitrale ne puisse intervenir qu'après accomplissement d'une condition préalable quelconque, la prescription sera interrompue par le fait seul que l'ayant droit aura procédé au nécessaire, en ce qui le concerne, à l'effet de terminer l'affaire.

Art. 221. Si une chose au sujet de laquelle existe une préten-

---

quel est l'acte analogue à l'introduction de l'instance. Il en sera de même pour tous les autres actes prévus par les textes visées par l'article 220.

§ II. Pour quelques cas cependant, l'article 220 a entendu fixer le moment auquel se placerait l'effet interruptif. C'est d'abord pour le cas où, les arbitres n'étant pas désignés dans le compromis lui-même, il y aurait à faire application des articles 1028 et suiv. C. Pr. all. Le seul fait, pour l'une des parties, d'avoir adressé communication à l'autre de l'arbitre désigné par elle, et, de même, au cas que l'adversaire laisse passer le délai sans désigner l'arbitre dont la nomination lui est attribuée, la requête à la juridiction compétente à fin de procéder à cette nomination, constitueront, d'après l'article 220, des actes interruptifs de prescription. Mais il peut arriver qu'en dehors de la constitution initiale du tribunal arbitral, il y ait à procéder à la nomination d'un arbitre, par exemple, si l'un de ceux qui avaient été désignés vient à décéder, ou que pour toute autre cause il ne puisse plus remplir son mandat auquel cas le mode de remplacement peut avoir été prévu par le compromis lui-même, ou au moins se trouver réglé par le Code de procédure (art. 1030 et suiv.). Lorsque l'une des parties, ou celle qui a l'initiative à prendre, a procédé à l'acte ou aux actes qui lui incombent, il y a interruption d'après l'article 220.

Art. 221. § I. L'article 221 traite de la question connue sous le nom d'*accessio possessionum*. Le bénéfice de l'adjonction de possession était universellement admis, au profit du successeur, en matière d'usucapion. Le Code civil

tion de caractère réel vient en la possession d'un tiers par voie de succession au droit d'autrui, compte au profit du successeur au

---

accepte la même solution en tant qu'il s'agit de la prescription proprement dite, entendue d'une prescription extinctive. Il va de soi en effet, comme le remarquent les Motifs (I, 340), que, lorsqu'il s'agit d'une créance ordinaire, les changements dans la personne du débiteur n'apportent aucune modification au droit du créancier et à la prescription qui s'y applique: c'est le même droit qui subsiste, c'est la même action qui en dérive; il n'y a qu'une seule prescription qui s'y réfère, indépendamment des successions de personnes qui puissent intervenir. Il devait en être de même de la prescription dans son application aux droits réels; puisque, pour admettre que la prescription s'applique à ces derniers, il a fallu accepter que contre le possesseur de la chose n'existe au profit du titulaire du droit qu'une seule action, ayant pour objet la restitution elle-même et que, cette action éteinte, il n'y en a plus d'autre qui naisse au profit de l'ayant droit contre le même possesseur (note sur art. 194). Cette conception d'un seul et même droit contre le même possesseur devait conduire à admettre que ce serait également la même action qui subsisterait à l'encontre des successeurs et ayants cause du même possesseur, de telle sorte que ce fût la même prescription qui continuât et que le temps antérieur écoulé dans la possession de l'auteur juridique comptât également au profit de son successeur.

§ II. Mais il va de soi que cette conception d'un seul et même droit, ou plutôt pour parler le langage du droit allemand, d'une seule et même prétention juridique (note sur art. 194), existant contre le possesseur, en vertu d'un droit réel, et par exemple en vertu du droit de propriété, indépendamment des changements de titulaires, ne pouvait se maintenir qu'autant que les titulaires successifs seraient les ayants cause les uns des autres, par voie de succession juridique; et, comme c'est la possession qui justifie le droit d'agir contre celui qui a la chose en mains, c'est la succession juridique dans la possession qui devait fonder cette unité de prétention juridique et par suite la continuité de prescription qui s'y réfère. C'est ainsi que le fait de s'emparer illégalement de la possession n'établit pas un rapport de succession entre le nouveau possesseur et l'ancien. S'il s'agissait d'une acquisition de ce genre, le nouveau possesseur ne pourrait donc pas compter à son profit le temps de prescription du précédent possesseur, car c'est bien cette fois une action nouvelle qui naît au profit du propriétaire contre le possesseur actuel; ce n'est

droit d'autrui le temps de prescription écoulé pendant la possession de son auteur.

---

plus la prétention juridique qu'il avait contre son prédecesseur qui subsiste, mais une nouvelle qui naît contre un nouvel adversaire. Et de même, si l'on suppose un premier possesseur en voie de prescrire qui perde la possession par le fait d'une usurpation et qui se la fasse restituer, il ne pourra pas compter pour parfaire son temps de prescription la possession du possesseur intérimaire; car elle ne se rattache à sa possession précédente par aucun lien de succession juridique, pas plus que lui-même ne succède juridiquement à cette possession intérimaire. L'article 221 ne s'applique plus; et nous ne trouvons en matière de prescription extinctive aucune disposition analogue à celle de l'article 940 pour ce qui est de l'usucapion.

§ III. Ces principes ainsi posés, il importerait donc de définir ce qu'il faut entendre par succession juridique en matière de possession. Rien de plus simple, s'il s'agit de la possession d'une chose transmise par voie d'hérédité; l'article 857 déclare que la possession se transmet aux héritiers par le seul fait de la succession. Mais, en matière de succession à titre particulier, en principe la possession n'est acquise que par voie d'appréhension matérielle (art. 854). Il s'agit là d'un acte unilatéral; et il va de soi, pour qu'il y ait succession au sens juridique, que cet acte doit reposer sur un titre valable, constitutif d'acquisition et émanant du précédent possesseur. Cependant, par exception, d'après le même article 854, la convention passée entre celui qui aliène et celui qui acquiert peut suffire à transmettre la possession, au moins lorsque celui qui acquiert est en mesure d'exercer sa maîtrise sur la chose. Aussi s'est-on posé la question de savoir si cet accord relatif uniquement au transfert de la possession suffisait pour que la possession fût acquise par voie de succession juridique, au sens de l'article 221, ou si, pour réaliser ce dernier caractère, il ne fallait pas qu'au fait de la transmission de possession correspondît un acte de transmission du droit constituant un mode de succession à titre particulier. Il faudrait donc, comme dans le cas d'une acquisition unilatérale de possession, que le contrat abstrait relatif à la possession reposât sur un titre d'acquisition qui lui servît de cause. On ne tiendrait plus compte du caractère abstrait de la convention de l'article 854. La question présente un intérêt spécial pour le cas où l'acte de transfert du droit se trouverait nul ou annulé. La possession acquise de ce chef, laquelle résulte d'un contrat indépendant du premier et non forcément annulé avec lui, sera-t-elle acquise

par voie de succession ou devra-t-on dire qu'il n'y aura plus succession dans la possession? Si l'on admet cette dernière opinion, l'acquéreur dont le contrat est nul ne pourra compter, pour invoquer la prescription contre l'action du véritable propriétaire, le temps de possession de celui qui était censé lui avoir transmis le droit; et, lorsque ce dernier rentre en possession de la chose, le transfert étant nul, il ne pourrait tirer profit de la possession intérimaire du prétendu acquéreur pour la joindre au délai de sa possession antérieure, en vue de compléter son temps de prescription, car il n'acquiert rien du possesseur intérimaire, ou plutôt, entre sa possession à lui et celle du possesseur intérimaire, la succession a été interrompue; celui-ci n'avait rien acquis par succession à titre particulier, son titre étant nul ou étant rétroactivement annulé. En dépit de l'article 854 al. 2, Planck (§ 221) se décide pour ce dernier système. Il se fonde sur ce fait que, d'après l'article 325 C. Pr. all., pour être successeur à titre particulier, il ne suffirai certainement pas d'un transfert de possession, de telle sorte que, si le possesseur intérimaire était poursuivi par le véritable propriétaire et qu'un jugement fût rendu pour ou contre lui, ce jugement, au cas que l'acte d'acquisition conclu au profit de ce possesseur se trouvât nul, ne pourrait pas être invoqué pour ou contre le précédent possesseur qui eût réalisé le transfert. De toutes façons et dans tous les cas, le propriétaire peut encore, et doit, exercer à nouveau son action réelle contre ce précédent possesseur, à supposer que celui-ci se fût fait restituer la chose. Alors comment comprendre que ce dernier, s'appuyant sur la possession intérimaire de celui dont l'acquisition a été déclarée nulle, puisse, en complétant ainsi son temps de prescription, opposer l'exception de prescription? En effet, dit Planck, tant qu'a duré cette possession intérimaire, le propriétaire ne pouvait agir que contre le possesseur intérimaire; il a donc agi à temps, et il a agi régulièrement, avant que la prescription du précédent possesseur fût accomplie, et avant, bien entendu, que ne fût achevée celle commencée par le possesseur intérimaire. Si donc ce dernier restitue la possession à raison de la nullité de son titre d'acquisition, comment admettre que le propriétaire ne puisse plus valablement revendiquer contre le précédent possesseur remis en possession, puisque au véritable titulaire du droit on ne peut plus reprocher de n'avoir pas agi à temps, et que, dans le délai de prescription, il a agi contre la seule personne qu'il pût actionner? Sans doute, les Motifs paraissent avoir voulu donner une solution différente, en disant qu'en pareil cas, même si un acte de transfert fût annulé et la possession restituée à l'aliénateur, le temps de possession intérimaire compterait au profit de ce dernier (I, 341). Mais, dans le même pas-

sage, les Motifs reconnaissaient cependant qu'entre le possesseur intérimaire et celui qui lui avait aliéné la chose et qui vînt à la reprendre il n'y avait plus de rapport de succession juridique. Pour accepter néanmoins qu'il pût y avoir adjonction des possessions, il faudrait supposer que l'on considérât l'action réelle en restitution comme une action unique qui restât la même quel que fût le possesseur contre lequel elle fût exercée. Mais Planck observe que ce principe d'unité d'action, admis sans doute comme point de départ de la disposition de l'article 221, ne s'applique que si l'action est exercée contre le même possesseur ou ses successeurs juridiques, et que là où il y a défaut de succession juridique c'est une prétention nouvelle qui résulte du droit de propriété maintenu au profit du titulaire du droit, donc qu'il y a contradiction à dénier à un possesseur dans ses rapports avec celui qui l'ait précédé tout rapport d'auteur à ayant cause et cependant d'accepter l'adjonction de possession et l'application de l'article 221.

§ IV. Planck applique le même système en matière de condition résolutoire lorsque, celle-ci s'étant réalisée, le précédent possesseur rentre en possession de la chose. Sans doute, celui qui avait acquis la chose reste l'ayant cause de l'autre partie, puisque la résolution n'efface pas rétroactivement l'acte qui avait été conclu sous une condition résolutoire; mais le précédent possesseur, en tant qu'il reprend la chose des mains de l'acquéreur, n'est plus l'ayant cause de celui-ci : ce dernier ne lui transmet pas un droit qu'il n'a plus. Si donc le précédent possesseur n'était pas propriétaire et qu'il soit poursuivi en revendication, il ne pourrait pas compter dans le délai de prescription la possession intérimaire de celui dont l'acquisition a été résolue. Et cela pour des raisons analogues à celles qui ont été exposées. Mais il va de soi, surtout en présence de l'affirmation des Motifs (I, 341), que toutes ces solutions, quoique si bien motivées par Planck, continueront à donner lieu à controverse.

§ V. Bien entendu aucune question ne pouvait s'élever à l'égard de la situation des détenteurs, tels que les fermiers, locataires, dépositaires, et autres possesseurs pour autrui, puisque cette situation laisse subsister la possession médiale au profit de celui de qui ils tiennent leur détention (art. 868). Ce ne sont pas des successeurs à la possession. D'autre part, ils n'ont pas à répondre à l'action en revendication; et à l'inverse la possession étant maintenue au profit du possesseur médiat, celui-ci n'a pas besoin d'invoquer l'adjonction de possession.

§ VI. Mais le point le plus important à noter en ce qui touche la pratique est que l'article 221 s'appliquera en ce qui concerne la prescription des arrérages ou autres prestations périodiques dues en vertu de droits soumis à l'immatri-

Art. 222. Une fois la prescription accomplie, l'obligé est investi du droit de refuser la prestation.

---

culation, tels que les intérêts des dettes hypothécaires ou les arrérages de rentes foncières. D'après l'article 902, la prescription extinctive n'est plus exclue en cette matière; si donc la prescription a commencé au profit du possesseur de l'immeuble et que ce dernier soit transmis régulièrement à un nouveau possesseur qui soit l'ayant cause du premier, ce successeur pourra invoquer le temps de prescription de son auteur.

Art. 222. § I. (Sur cette question, voir Regelsberger, dans *Iher. Iahr.*, 1900, p. 328 et suiv.) D'après l'article 222, l'effet de la prescription n'est pas d'éteindre le droit, mais de fournir à celui contre qui il existait une exception péremptoire pour repousser la prétention de son adversaire. Le droit allemand aboutit par là, grâce à cette construction juridique, à la plupart des solutions de fait admises par les autres législations et auxquelles celles-ci arrivaient par des moyens ou des conceptions un peu différents (cf. cependant art. 223). C'est ainsi que, si la prescription ne fournit qu'une exception, comme jadis la *præscriptio* du droit romain, le débiteur, en prenant ce mot au sens large, et à la condition de faire observer que ce pourrait être un possesseur soumis à une action réelle, peut y renoncer : et il y renonce, lorsqu'il paye une dette qui était prescrite, résultat que l'on explique, dans d'autres législations, par l'idée d'une obligation naturelle qui subsiste; de même le juge, s'il s'agit d'une exception, ne pourra pas suppléer d'office, pour parler comme le Code civil français, le moyen tiré de la prescription. Mais, d'autre part, ce moyen de défense peut être opposé, sous quelque forme que le droit soit invoqué, qu'il le soit sous forme d'action ou d'exception, de telle sorte que, dans ce dernier cas, l'exception tirée de la prescription se présente sous la forme d'une réplique. On a pensé que l'on donnait satisfaction, par cette sorte de moyen terme, à toutes les nécessités pratiques qui ont fait admettre la prescription, et avant tout au désir d'assurer la paix publique, en mettant fin aux procès et en garantissant les débiteurs contre des réclamations tardives qui se produiraient à une époque où la situation juridique est devenue incertaine et en tout cas extrêmement difficile à établir et à préciser. Il suffisait, pour que ce but fût atteint, que le débiteur fût à l'abri contre toute demande ou poursuite dirigée contre lui, donc qu'il eût un moyen de défense pour repousser les poursuites; si c'est lui qui va

Ce qui a été livré pour fournir satisfaction d'une prétention prescrite ne peut être répété, alors même que la prestation aurait

---

de l'avant en exécutant, cela prouve qu'il reconnaît le bien fondé du droit invoqué contre lui : la situation n'a plus rien d'incertain, les difficultés de preuve disparaissent, le besoin de protection ne se fait plus sentir, et ce serait aller contre les exigences de la bonne foi et contre toute justice que vouloir protéger le débiteur à l'encontre de toute reconnaissance qu'il ait pu faire du droit qu'on lui opposait (*M.*, p. 341).

§ II. Ces dernières considérations ont conduit, en outre, à accorder à l'exception tirée de la prescription des effets moins complets que ceux admis pour les exceptions péremptoires ordinaires. C'est ainsi qu'après d'assez longs tâtonnements on a fini par admettre, en dépit de la règle qu'une créance paralysée par une exception péremptoire n'est pas susceptible de compensation (art. 390), que la prescription accomplie depuis le moment où les deux dettes se sont trouvées coexister ne s'opposerait pas à ce que la compensation fût invoquée (art. 390). Le premier Projet avait établi le contraire (P[1], art. 281 al. 2; art. 162 al. 3, et *M.*, I, p. 343). On verra, en note sur l'article 390, pourquoi l'on est revenu sur cette solution. Mais, ce qui est plus remarquable, et ce que l'on doit expliquer par des raisons analogues, c'est que, si l'obligé a satisfait au droit que l'on invoque contre lui, même dans l'ignorance de la prescription déjà acquise et de l'exception qui lui appartien de ce chef, il ne peut plus, en dépit du principe général des articles 813 et 814, répéter ce qu'il a livré. Qu'il en soit ainsi, lorsqu'il a connu l'existence de l'exception tirée de la prescription, c'est l'application du droit commun, puisqu'il peut toujours renoncer à une exception qui lui appartienne, et c'est d'ailleurs la conséquence même de l'article 814. Admettre la même solution encore qu'il ait ignoré l'accomplissement de la prescription, c'est aller contre le principe de l'article 813; mais l'article 813 lui-même a rappelé la dérogation qui lui avait été apportée par l'article 222. C'est que, sans qu'il y ait à rechercher s'il a connu ou non le fait de la prescription, l'obligé a reconnu le droit de son adversaire, il y a satisfait librement, la situation juridique est définitivement réglée par le fait même, et permettre de revenir sur ce qui a été fait serait aller contre le but même pour lequel la prescription a été introduite. Aussi, devait-il en être de même d'un contrat de reconnaissance de dette ou d'une prestation de sûreté, encore que ces actes auraient été conclus en toute ignorance du fait de la prescription. Mais cela

été effectuée dans l'ignorance de la prescription. Il en est de même lorsqu'il est intervenu de la part de l'obligé, soit une reconnaissance contractuelle, soit une prestation de sûreté.

Art. 223. La prescription d'une prétention pour laquelle existe une hypothèque ou un gage n'empêche pas l'ayant droit de pour-

---

n'est vrai, comme le remarque Planck, et comme le texte le dit expressément, que de la reconnaissance contractuelle, alors cependant que celle qui aurait lieu par acte unilatéral suffirait, d'après l'article 208, à interrompre la prescription. Pour que cette dernière s'opposât à la faculté d'invoquer l'exception de prescription, il faudrait cette fois qu'elle fût faite en connaissance de cause et qu'elle pût valoir comme une renonciation anticipée à cette exception : et cette dernière interprétation, d'après ce qui a été dit sur l'article 208, ne pourrait certes pas s'appliquer de plein droit à toute reconnaissance unilatérale susceptible de produire interruption de prescription (note sur article 208).

§ III. Il faut ajouter enfin que, dans certains cas où c'est le droit prescrit qui est invoqué sous forme d'exception, l'exception de prescription peut, en vertu de dispositions expresses de la loi, n'être plus opposable, au cas, par exemple, des articles 478, 490, 821 et 853. On en verra l'explication en note sous l'article 821.

Art. 223. § I. L'article 223 dispose qu'en dépit de la prescription du droit, l'hypothèque ou le gage subsistent pour la satisfaction de la créance. En tant que cette disposition se réfère à l'hypothèque, on pourrait croire, à première vue, qu'il y eût là comme une conséquence du système de légalité des livres fonciers. Car il est bien vrai, en principe, que le droit résultant du gage ou de l'hypothèque n'est qu'un droit accessoire qui ne devrait pas subsister lorsque le droit principal est éteint; et ce principe s'étend même à l'hypothèse où la créance principale est paralysée par une exception (art. 1137). Et cependant cette règle ne s'applique que dans la mesure où elle se concilie avec le système de publicité des livres fonciers (art. 1138). Aussi pourrait-on croire que, si l'on ne peut invoquer contre le droit du créancier hypothécaire l'exception de prescription qui paralyse la créance principale, cela proviendrait uniquement de l'occultanéité de l'exception elle-même. Mais telle n'est certainement pas l'explication de l'article 223; d'autant qu'il y a certaines

suivre la satisfaction qui lui revient sur l'objet qui se trouve en répondre.

---

hypothèques auxquelles ne s'applique plus ce principe de légitimité des livres fonciers, l'hypothèque de sûreté, par exemple (art. 1184 et suiv.); elle échappe à la règle de l'article 1138 et reste cependant soumise à la disposition de l'article 223. D'autre part, s'il s'agissait uniquement des conséquences négatives d'une règle de publicité, il faudrait admettre que le détenteur de l'immeuble hypothéqué pût au moins invoquer le bénéfice de l'article 1169, de même qu'en matière de gage on devrait pouvoir demander l'application de l'article 1254. Tout le monde est cependant d'accord pour écarter ces deux dispositions, en vertu même de l'article 223. Il faut donc voir dans l'article 223 le maintien d'une règle traditionnelle, qui, en ce qui touche le gage, remontait jusqu'au droit romain (Winds., I, § 112 et note 5), et que l'on expliquait surtout par l'idée d'une obligation naturelle, subsistant en dépit de la prescription. L'explication en est, d'ailleurs, amplement facilitée par le système admis par le Code civil d'une simple exception qui laisse subsister le droit lui-même. Les Motifs déclarent, en outre, que, si la constitution d'une garantie réelle, gage ou hypothèque, influe sur la prescription du droit, en ce qu'elle constitue une reconnaissance qui en est faite par le débiteur et qui doit, par suite, interrompre la prescription en vertu de l'article 208, il est juste que le maintien de cette garantie, alors même que l'exception de prescription se trouve acquise, doive influer en sens inverse sur la prescription, en ce qu'il en écarte l'application relativement au droit dérivant du gage ou de l'hypothèque (*M.*, 344). Il en résultera que, si le créancier intentait l'action dérivant de sa créance principale, elle se heurterait à l'exception de prescription. Mais, s'il invoquait le droit dérivant de l'hypothèque ou du gage, son action, en tant qu'elle serait la mise en œuvre du droit de gage ou d'hypothèque, n'aurait plus à subir l'effet de l'exception de prescription. Aussi cette exception n'est-elle écartée que dans la mesure où la créance est garantie par le droit de gage ou par l'action hypothécaire. Si donc le gage ou l'hypothèque étaient insuffisants à garantir l'intégrité de la créance, pour l'excédent de cette dernière il faudrait invoquer le droit principal résultant de la créance, et dans ce cas l'exception de prescription pourrait être invoquée. Quant à l'explication théorique à admettre, la chose n'importe qu'à un point de vue purement rationnel, sans application pratique. On peut invoquer soit l'idée d'une obligation naturelle qui subsiste, soit la conception d'un droit maintenu dans

Si, pour la sûreté d'une prétention, il y a eu transfert d'un droit, on ne peut poursuivre la rétrocession de ce dernier sur le

---

la mesure de la garantie hypothécaire, ou celle d'une action hypothécaire désormais indépendante du droit principal, ou considérer enfin que l'action hypothécaire échappe à la prescription, au moins à la prescription extinctive, relative au droit lui-même, tant que l'hypothèque subsiste, et qu'il en serait de même en matière de gage, tant que le créancier en garde la possession. Il importe, au point de vue pratique, que celui qui est en possession d'une sûreté réelle puisse être assuré, en tout état de cause, de toucher le montant de ce qui lui est dû, au moins sur la chose qui lui est affectée, d'autant que, par le fait même qu'il se croit en sûreté, il a pu négliger de poursuivre, et que le débiteur lui-même est intéressé à ce que cette garantie subsiste quoi qu'il arrive, s'il veut courir la chance d'obtenir des délais ou des ménagements de la part du créancier.

§ II. Pour toutes ces raisons, on est d'accord pour admettre que le détenteur de l'immeuble ne pourrait plus exiger du créancier qu'il renonce à l'hypothèque (art. 1169), pas plus que celui qui a constitué le gage ne pourrait en demander la restitution, sous prétexte que le droit du créancier est désormais paralysé par une exception perpétuelle (art. 1254). Mais il va de soi que l'on ne saurait invoquer l'article 223 contre l'application de l'article 886 (Pl., p. 274). Enfin on a assimilé à l'existence d'un droit de gage ou d'hypothèque l'hypothèse d'une aliénation fiduciaire, par voie d'aliénation ou de transfert d'un droit. Il s'agit là d'une sûreté destinée à garantir la créance principale et qui doit subsister, sans courir le risque d'être atteinte par la prescription du droit; aussi l'article 223 dispose-t-il qu'on ne peut s'appuyer sur l'accomplissement de la prescription pour demander la rétrocession du droit aliéné. C'est une disposition corrélative de la solution d'après laquelle, au cas d'hypothèque, on écarte l'application de l'article 1169.

§ III. L'article 223 apporte enfin une exception à la règle principale qu'il édicte du maintien de l'action résultant du gage ou de l'hypothèque en dépit de la prescription de l'action principale ; et cette dérogation s'applique lorsqu'il s'agit d'intérêts arriérés ou autres prestations périodiques dont le reliquat soit garanti par l'une des sûretés réelles visées par l'article 223. Si le droit de toucher ces arrérages est prescrit, même si on les réclame sur l'objet affecté au droit de gage ou d'hypothèque, l'exception de prescription pourra être opposée au créancier; on a voulu ménager les intérêts du pro-

fondement de la prescription accomplie relativement à cette prétention.

Ces dispositions ne s'appliquent plus à la prescription relative aux prétentions qui ont pour objet des arriérés d'intérêts ou d'autres prestations périodiques.

Art. 224. En même temps que la prétention principale, se

---

priétaire du gage ou du détenteur de l'immeuble hypothéqué, dont la situation aurait été beaucoup trop aggravée si le créancier avait pu encore exiger le maintien de ses droits sur la sûreté qui lui appartient même pour la garantie d'intérêts qui se trouvent prescrits (*M.*, 345). Il est vrai que certains auteurs n'ont pas été sans contester l'utilité de cette exception elle-même (cf. Leonh., p. 249, note 3).

Art. 224. § I. Il va de soi que, la prescription accomplie, toutes les prestations accessoires dépendant de la créance principale se trouvent supprimées par le fait même. Cette disposition vise avant tout les créances d'intérêts, lorsque ceux-ci seraient produits par la créance supposée prescrite. Toute créance d'intérêts de ce genre se trouvera prescrite, même si la prescription spéciale qui s'y réfère n'est pas encore achevée. C'est ainsi, par exemple, que lorsqu'une créance productive d'intérêts est prescrite, la prescription relative aux intérêts qui seraient afférents à la dernière année n'est pas encore accomplie à la date où s'achève la prescription de la créance principale (art. 197). Le droit aux intérêts n'en est pas moins prescrit, même pour cette dernière année. Planck remarque que certains des droits mentionnés à l'article 196, et qui se prescrivent par deux ans, peuvent être productifs d'intérêts; ceux-ci, d'après l'article 197, devaient se prescrire par quatre ans : ils se prescriront par deux ans, en même temps que la créance qui les a produits.

§ II. Restait à poser la question relativement aux intérêts ou arrérages formant un droit indépendant, qui ne se rattache à aucun créance principale. La question était de savoir s'il y avait un droit aux arrérages, comme en matière de rente viagère, qui fût distinct de chacune des créances relatives aux arrérages pris en particulier, auquel cas, si on admettait un droit afférent à l'ensemble des arrérages et que ce droit vînt à se prescrire, la prescription qui s'y référerait s'appliquerait également à chacune des créances

prescrit celle qui porte sur les prestations accessoires dépendant de la première, et cela alors même que la prescription particulière s'appliquant à cette dernière prétention ne serait pas encore accomplie.

Art. 225. La prescription ne peut être exclue ni aggravée par acte juridique. Il est permis de la rendre plus facile et spécialement d'en abréger le délai.

---

particulières d'arrérages à l'égard desquelles la prescription spéciale de l'article 197 ne serait pas encore accomplie. L'article 184 P[1] le disait expressément, en corrélation avec l'article 160 P[1], qui prévoyait la prescriptibilité du droit général auquel dussent se rattacher les créances spéciales d'arrérages. On a supprimé toutes ces dispositions, pour ne pas préjuger la question de savoir s'il pût y avoir une prescription de ce droit unifié qui serait distincte de celles relatives aux arrérages en particulier. (Voir note sur art. 201, § IV.)

Art. 225. La disposition de l'article 225 constitue une règle d'ordre public qui découle du but même de la prescription, puisque celle-ci a été admise et réglementée dans un intérêt public. Aussi toutes les conventions qui auraient pour objet de la rendre plus facile et surtout plus courte, loin d'aller contre le but de la loi, ne feraient que rentrer dans la pensée même qui a fait admettre la prescription; elles doivent être permises, sauf une réserve, pour les droits que la loi déclarerait imprescriptibles, et qui ne peuvent pas devenir prescriptibles au gré des parties.

SECTION SIXIÈME.

DE L'EXERCICE DES DROITS. DE LA DÉFENSE PERSONNELLE. DE LA JUSTICE PERSONNELLE.

Art. 226. L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui.

Art. 226. § I. Le principe de l'article 226 a été introduit par la Commission du Reichstag, sous la forme générale sous laquelle il se présente, après avoir été appliqué tout d'abord, par décision du Bundesrath, à l'exercice du droit de propriété (art. 887 P[1], cf. Sal., *Obl.*, p. 370, note 1). Il a pour but de remplacer en quelque sorte l'*exceptio doli generalis*, dont l'introduction dans le Code civil n'a pas été admise, et surtout de s'opposer à l'exercice d'un droit lorsqu'il constituerait un pur procédé de chicane (cf. art. 243, note § VIII). Il est comme le couronnement, si l'on peut ainsi dire, de toutes les dispositions déjà prises par le premier Projet, et surtout par le second, pour donner satisfaction à la bonne foi et empêcher l'usage strict du droit, lorsqu'il ne devrait procurer qu'un avantage insignifiant aux intéressés, par comparaison avec les sacrifices qui en résulteraient pour l'obligé. Planck a énuméré, sur l'article 226 (p. 277-278), toute cette série de dispositions, telles qu'elles existent dans le Code civil. Rien ne saurait mieux servir à donner la caractéristique de la nouvelle législation et à marquer le courant où s'engagera de plus en plus le droit moderne. Il ne s'agit pas d'empiéter sur le domaine de la morale et de permettre au juge d'entrer dans l'appréciation des motifs individuels qui guident les intéressés dans l'exercice de telle ou telle faculté rentrant dans le contenu du droit. Mais il importait enfin de bien poser en principe que le contenu d'un droit n'est jamais illimité, et que ses limites dépendent au contraire de la conception que l'on se fait de la morale sociale. Le droit ne se confond pas avec la morale individuelle, en ce sens qu'il n'est pas fait pour en consacrer toutes les exigences; mais il ne saurait, sans préjudice grave pour la conscience publique, se mettre en désaccord avec ce que réclame la morale sociale. Il ne peut permettre ce que les mœurs considéreraient comme une atteinte à la moralité publique, comme un acte antisocial, qui soit en contradiction avec le fait de vivre en société. C'est cette harmonie

avec la conception de la solidarité sociale que l'article 226 est venu réaliser, comme le principe dominant de toute la législation civile. (Cf. WIND., I, § 121, note 3.)

§ II. Planck en a conclu qu'il devait y avoir identité entre la définition de l'abus de droit au sens de l'article 226 et la conception du fait illicite, comme contraire aux bonnes mœurs, conformément à l'article 826. Ce dernier texte a été modifié pour le mettre en harmonie avec l'article 226, en ce sens qu'on a supprimé la réserve faite par les précédents Projets relativement aux actes qui se trouveraient rentrer dans l'exercice d'un droit (cf. SAL., *loc. cit.*). Cela ne veut pas dire qu'un fait susceptible de rentrer dans l'exercice légitime d'un droit puisse cependant constituer un délit civil, par le fait seul qu'il ait causé dommage à autrui par un procédé réprouvé par les mœurs. Un acte ne peut être à la fois permis et illicite. Tout ce que l'on a voulu viser en supprimant dans l'article 826 les réserves antérieures, c'est ce fait qu'un acte peut être l'exercice d'un droit et cependant constituer un délit civil : mais alors c'est qu'il constitue l'exercice illégitime du droit, c'est-à-dire un abus de droit au sens de l'article 226. Il n'y a délit civil, par application de l'article 826, que là où il y a abus de droit d'après l'article 226 et, pour savoir quels sont les éléments constitutifs de l'abus de droit, c'est à l'article 226 qu'il faut se reporter, et non à l'article 826 : celui-ci se référerait donc tacitement au premier. Peut-être ce raisonnement, si rigoureux qu'il soit au premier abord, n'est-il pas sans soulever quelques objections, que l'on pourrait écarter en distinguant entre le fait qui dépasse le contenu du droit, auquel se référerait l'article 226, et celui qui en constitue seulement l'exercice abusif, ce que viserait l'article 826 (cf. SAL., *loc. cit.*, à la note précitée, *in fine*).

§ III. Quoi qu'il en soit de cette difficulté, et sans qu'il y ait à prendre parti ici sur la question de savoir si l'article 826 se réfère forcément à l'application de l'article 226, ou s'il peut encore être invoqué même à propos d'actes qui ne seraient pas compris dans les prévisions de l'article 226, il s'agit de se demander à quelles conditions un acte se trouvera illégitime par application de l'article 226. Et Planck propose à cet égard l'interprétation la plus strictement étroite. Il déclare, ce qui est vrai, que, pour l'application de l'article 226, il ne suffit pas que l'exercice du droit soit contraire aux bonnes mœurs, ce qui est la formule de l'article 826. Il ne suffirait pas davantage, et ceci encore est parfaitement exact, que l'ayant droit ait eu l'intention de nuire à autrui, ou la conscience du dommage qu'il allait causer; car presque toutes les fois que quelqu'un use de son droit, même dans les limites les plus légitimes, il sait qu'il va causer quelque dommage à autrui. Mais, allant plus

Art. 227. Un fait imposé par mesure de défense personnelle forcée n'est pas contraire au droit.

Il y a défense personnelle forcée lorsque celle-ci est exigée pour

---

loin, Planck considère qu'il serait encore insuffisant que l'ayant droit, en réalisant tel ou tel acte compris dans l'exercice de son droit, ait eu pour but exclusif de nuire à autrui : il faudrait, d'après la lettre du texte, que ce but ait été le seul que l'acte ait pu avoir. Car, s'il peut en avoir eu d'autres, la loi n'a pas pu admettre une recherche psychologique ayant pour objet d'établir que ce but dommageable ait été le seul que l'intéressé ait eu en vue. Il faut donc que, d'une façon objective, on ne puisse assigner à l'acte ainsi réalisé d'autre but que la malveillance : ce serait en quelque sorte comme la définition objective par la loi de l'acte contraire aux mœurs et, par suite, au moins dans l'opinion de Planck, de l'abus de droit, aussi bien au sens de l'article 826 que dans celui de l'article 226. Il est possible que la loi ait, en effet, voulu établir d'une façon impérative que tout acte qui, objectivement, ne pût s'expliquer que par une intention de malveillance serait forcément contraire aux mœurs, donc abusif et illicite comme tel. Mais il serait bien difficile d'admettre qu'elle ait entendu réduire à cette catégorie exclusivement la notion de l'acte abusif et contraire aux mœurs. En tout cas, il sera bien difficile, vu la largeur d'expression de l'article 826, d'empêcher l'extension d'application, sinon de l'article 226, tout au moins de l'article 826; et, s'il était démontré qu'un acte, même susceptible de présenter une utilité économique, au moins insignifiante, n'eût été entrepris qu'en vue de nuire à autrui, de telle façon que les mœurs et les usages en fussent choqués et violés, on ne voit pas bien comment on pourrait empêcher le juge de le déclarer illicite. De sorte qu'on en arrivera peu à peu à faire des usages, c'est-à-dire de la morale sociale, la norme d'application et le criterium même de la limite maxima du contenu des droits subjectifs. (Voir, pour les références, Sal., *Obl.*, note 1, p. 370 et note 2, p. 369.)

Art. 227. § I. Il importait de poser, au point de vue civil, comme il existe en matière pénale, le principe qu'un acte déclaré illicite en soi cesse d'avoir ce caractère, et d'en produire les conséquences, telles qu'elles sont admises par la loi, dès qu'il a été rendu nécessaire par le fait de la légitime défense.

§ II. Quant à la définition de la légitime défense, c'est exactement celle qui

écarter de soi ou d'un autre une attaque qui soit actuelle et faite en violation du droit.

---

est admise par l'article 53 du Code pénal pour ce qui est du droit pénal. Elle suppose une atteinte matérielle dirigée contre la vie, le corps, la liberté, l'honneur, ou contre les biens de l'auteur de l'acte ou de toute autre personne, quelle qu'elle soit. Seulement, il faut que le danger soit actuel, de telle sorte qu'un acte entrepris comme réparation d'une atteinte antérieure ou comme garantie contre un mal futur ne serait plus un acte de légitime défense, bien qu'il pût, en certains cas, rentrer sous le domaine de l'article 228. En outre, il faut que l'atteinte dont on a été l'objet ait constitué elle-même un fait contraire au droit, accompli en violation du droit. Et, comme le remarque Planck, l'article 858 range parmi les actes illégitimes le fait d'enlever ou de troubler la possession d'autrui par une voie de fait non comprise parmi celles que la loi permet exceptionnellement. Il y aura légitime défense à repousser une voie de fait de ce genre même par un acte qui, en dehors de cette circonstance, serait lui-même un acte illicite. S'il s'agissait d'une voie de fait permise par la loi, comme celle de l'article 859 al. 2, lorsqu'un possesseur dépouillé par la force emploie la force à son tour pour reprendre sa chose et cela dans les conditions prévues par l'article 859 al. 2, cet acte n'est plus illicite; et si celui contre lequel il est dirigé employait lui-même pour le repousser un procédé illicite, ce dernier ne deviendrait pas légitime par le fait même : car il n'y a plus légitime défense au sens de l'article 227. Il en sera de même dans tous les cas où il s'agirait d'atteinte à la chose d'autrui permise par la loi, comme dans les hypothèses des articles 228 et 904. L'acte de défense personnelle que ferait le propriétaire de la chose en vue de repousser l'atteinte dont elle est l'objet ne serait plus un acte de légitime défense (note sur art. 228). D'ailleurs Planck fait remarquer très justement que la condition d'illégitimité de l'acte qui justifie la défense personnelle est envisagée uniquement dans sa matérialité, indépendamment de toute question de faute chez celui qui en est l'auteur. Un acte illicite en soi qui serait entrepris par un individu dépourvu de raison serait une cause de légitime défense aussi bien que si son auteur fût un homme normal qui l'eût réalisé avec intention (Pl., 280). Enfin il est à remarquer, dès que la défense personnelle se présente comme le seul moyen de repousser l'agression dont on est l'objet, soi ou un autre, qu'il n'y a pas à rechercher quelle est l'importance du danger couru, ni sa pro-

Art. 228. Quiconque détériore ou détruit une chose appartenant à autrui, afin d'écarter de soi ou d'un autre un danger

---

portion par rapport au mal qui pourra provenir de la légitime défense; dans tous les cas, celle-ci se trouve justifiée. C'est ainsi qu'au point de vue pénal si celui qui défend sa propriété donne la mort, ce fait cesse d'être un meurtre punissable : il en serait de même des conséquences du fait au point de vue civil; le fait cesse d'être illicite. Et il en résultera, entre autres applications, qu'il ne peut servir de fondement à une action en dommages-intérêts (art. 823). Seulement il n'y a défense légitime que dans la mesure où elle est nécessaire; si le fait de défense personnelle n'était pas de ceux qui fussent indispensables pour repousser l'attaque, il cesserait d'être légitime, et alors, à le supposer illicite en soi, le point de savoir s'il donnerait lieu à réparation dépendrait de la question d'application de l'article 823, suivant que l'erreur où a été celui qui en est l'auteur, et qui, dans son trouble, s'est laissé emporter au delà du nécessaire, était excusable ou non; et de même en serait-il si le fait même de l'emploi de la force et de la défense personnelle se trouvait contesté et jugé inutile : il y aurait eu erreur de la part de celui qui est l'auteur de la défense personnelle. Reste à savoir si elle constitue ou non une faute au sens de l'article 823 (Pl., 280-281). Voir sur ces derniers points une disposition un peu différente de l'article 53 al. 3, C. Pén. all., laquelle n'a pas été reproduite par l'article 227.

Art. 228. § I. A côté de la légitime défense, laquelle correspond à l'article 53 C. Pén., il fallait envisager l'hypothèse, prévue par l'article 54 C. Pén., de l'état de nécessité, et déterminer dans quel cas un acte en soi-même illicite, en ce qu'il constituerait une atteinte au droit d'autrui, cessera d'être contraire au droit, à raison de l'état de nécessité sous l'empire duquel il a été commis. Le problème devait être envisagé par rapport aux deux conséquences principales qui en constituent l'intérêt pratique : 1° au point de vue de la question de savoir si l'acte commis en état de nécessité reste encore un acte illicite, justifiant par conséquent tout fait de défense personnelle destiné à le repousser, ou si, au contraire, ce caractère d'acte illicite ayant disparu, il ne serait plus permis de le repousser par la force; et 2° au point de vue de la question de savoir si cette atteinte au droit d'autrui, ainsi justifiée par l'état de nécessité, pourrait encore donner lieu à réparation par voie de dommages-intérêts.

dont cette chose présente la menace, cesse de faire un acte contraire au droit, lorsque la détérioration ou la destruction

---

§ II. Aucune question ne donna lieu à plus d'opinions contradictoires au cours des travaux préparatoires. Il suffirait déjà d'indiquer le nombre des passages qui se trouvent lui être consacrés dans les comptes rendus de la seconde Commission, ainsi que quelques-uns des auteurs qui ont principalement traité ce point important (*Pr.*, I, 247, 253, 260-262, et VI, 212-219; Jecklin, dans les *Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des D. R.*, t. 36, p. 673; Merkel, *Die Kollision rechtmässiger Interessen* (*Einleitung* et n° 1); Rümelin, *Gründe der Schadenszurechnung*, p. 36 et suiv.; Endemann, *loc. cit.*, § 88, p. 369 et suiv.; cf. Leonhard, *loc. cit.*, Eck, *Vorträge*, p. 220 et suiv., Crome, *System*, I, § 122, p. 537 et suiv.). L'une des grosses difficultés de la matière venait de la corrélation à établir avec le droit pénal : devait-on se contenter de la définition de l'article 54 C. Pén., et déclarer que, toutes les fois qu'il y aurait un acte de nécessité au sens du droit pénal, l'acte cesserait d'être illicite au sens du droit civil? Devait-on, au contraire, définir les conditions de l'état de nécessité par rapport au droit civil, sans s'occuper d'en identifier les éléments avec ceux de l'article 54 C. Pén.? Le premier Projet avait écarté toute réglementation générale de l'état de nécessité au point de vue civil; il s'était contenté de faire exception pour le cas où il y aurait menace de danger imminent provenant d'une chose qui appartînt à autrui, animal ou objet matériel, pour admettre en pareil cas une sorte d'application de la légitime défense; c'eût été la légitime défense appliquée aux choses, au lieu de se trouver opposée à une agression de l'individu. Il restait cependant cette différence que, par rapport aux choses, il fallait que la personne menacée prît une initiative, l'initiative de porter la main sur la chose d'autrui, tandis que, lorsqu'il y a une atteinte directe de la part d'un individu, il suffit de repousser l'attaque. Aussi l'acte de mainmise sur la chose d'autrui est plus grave dans le premier cas que dans le second; mais comme il s'agit toujours de repousser un danger provenant de la chose elle-même, on peut dire qu'il est question moins d'un cas de nécessité proprement dit que d'un acte de défense personnelle contre la chose qui vous menace. Mais, pour que l'atteinte à la chose d'autrui cessât d'être illicite, l'article 187 P[1] exigeait trois conditions : que le danger provînt de la chose elle-même, que l'acte de mainmise sur la chose, destruction ou détérioration, fût le seul moyen d'en écarter le danger, et que ce danger enfin n'eût pas été causé pa

étaient exigées pour repousser le danger et que le dommage n'est pas hors de proportion avec ce danger. Si l'auteur du

---

la faute de celui qui s'en trouve menacé. Lorsque ces trois conditions étaient réunies, l'atteinte à la chose d'autrui cessait d'être un acte illicite et cet acte ne pouvait plus donner lieu à dommages-intérêts. Mais dans tous les autres cas de nécessité, et en particulier toutes les fois que, sous l'empire d'un danger personnel, ne provenant pas d'une chose appartenant à autrui, on faisait un acte de nécessité susceptible de porter atteinte à la propriété d'un autre, non seulement cet acte restait un délit civil engageant la responsabilité de son auteur, l'article 746 P[1] le disait expressément, mais le propriétaire avait toujours le droit de repousser l'atteinte à sa propriété. Ainsi par exemple si l'individu qui se noie s'accroche à une barque, il porte atteinte à la propriété d'autrui, et, en vertu de l'article 818 P[1], le propriétaire de la barque aurait été en droit de le repousser, en quoi faisant il eût agi en état de légitime défense.

§ III. Le second Projet dans sa première rédaction avait apporté une légère modification à cette réglementation. L'article 192 P[2] n'exigeait plus, pour que l'acte fût permis, que le danger dont son auteur était menacé de la part de la chose d'autrui ne provînt en aucune façon de la faute de l'agent : même si ce dernier est responsable du danger qu'il court, il est en droit de sacrifier la chose qui le menace sans faire un acte illicite, et le propriétaire lui-même n'aura pas le droit de s'y opposer. Ce sera, par exemple, le cheval d'autrui qui, par la faute d'un tiers, se sera emporté de façon à ce qu'on ne puisse s'en garer qu'en risquant de le blesser, cet acte de défense personnelle est absolument légitime. Seulement, lorsqu'il s'agit des dommages-intérêts, c'est alors que l'on distingue si le danger couru engageait ou non la responsabilité de l'auteur de l'acte. Celui-ci n'est exempt de réparation que si le danger ne provenait pas de sa faute. Mais on exige encore que le danger provienne de la chose elle-même; on laisse de côté tous les actes de nécessité justifiés par un danger personnel et par lesquels on s'attaque à une chose qui soit étrangère au danger que l'on court. En réalité, l'état de nécessité restait encore en dehors de la réglementation du droit civil.

§ IV. Mais, en seconde lecture, après de très vives discussions, on finit par faire sa place à l'état de nécessité, en le distinguant de la défense personnelle contre la chose d'autrui. On conserva le système antérieur relativement au danger provenant de la chose endommagée : et ce fut l'objet du futur

fait, par sa faute, a causé le danger, il est obligé à réparation du dommage.

---

article 228, puis on accepta une disposition nouvelle destinée à devenir l'article 904, visant l'atteinte à la chose d'autrui sous le coup d'un état de nécessité ne provenant pas de la chose elle-même. Ce fut la part faite à l'état de nécessité dans le système du droit civil (art. 904), tandis que l'article 228 réglemente le cas de défense personnelle contre la chose d'autrui, lorsque c'est la chose elle-même qui menace d'un danger imminent.

§ V. Les conditions d'application de l'article 228 sont donc que l'objet endommagé soit une chose, vivante ou non; et il ne saurait être question d'atteinte à l'individu. Il faut que l'acte consiste dans la détérioration ou la destruction : on ne parle pas d'enlèvement ou de soustraction; il est indispensable que le danger provienne de la chose elle-même; et enfin, ceci est une condition ajoutée par le second Projet, pour remplacer celle que l'article 187 P[1] avait exigée par rapport au défaut de responsabilité de l'auteur de l'acte, on exige que le dommage ne soit pas hors de proportion avec le danger couru; et l'on a donné cet exemple, qu'il serait inadmissible que l'on pût tuer impunément le cheval d'autrui pour l'empêcher de manger quelques touffes d'herbe d'un pré ou pour l'empêcher de fouler une corbeille de fleurs. Il y a donc là un rapport de proportionnalité à établir, lequel est laissé à l'appréciation du juge.

§ VI. Lorsque toutes ces conditions sont réunies, l'acte cesse d'être défendu : il perd son caractère illicite, même au point de vue pénal, quoique la rédaction de l'article 228 diffère sensiblement de celle de l'article 54 C. Pén. Il le perd surtout au point de vue de l'article 227, de telle sorte que le fait d'employer la force pour le repousser ne constituerait plus un acte de légitime défense.

§ VII. Mais au point de vue de la réparation délictuelle, il faut distinguer suivant que l'auteur de l'acte était responsable ou non du danger couru par lui : lorsqu'il n'a sous ce rapport aucune faute à se reprocher, les risques sont pour le propriétaire de la chose endommagée et aucune réparation n'est due. Lorsque l'auteur du dommage était, au contraire, en faute par rapport au danger qui le menaçait, il doit réparation. Ce qui ne veut pas dire que son acte ait constitué un délit civil; cet acte étant devenu licite ne saurait plus tomber sous la définition de l'article 823; et à certains égards, à celui par exemple de la prescription de l'article 852, il peut être

important de le remarquer. Il s'agit d'un fait de risque pour un acte considéré comme licite en soi.

§ VIII. Aussi, peut-on se demander si l'on n'aurait pas dû, comme le proposaient certains amendements, accepter dans tous les cas que toute atteinte au droit d'autrui, même justifiée comme moyen de défense personnelle, dût constituer un fait de risques, engageant toujours la responsabilité pécuniaire de celui de qui elle provient. On ne l'a pas admis, à raison du système du droit allemand sur la conception de la responsabilité délictuelle, laquelle implique toujours une faute. Et cependant on verra sur l'article 904 que l'on a dû accepter cette idée de risques, indépendamment de toute faute personnelle, pour le cas de nécessité proprement dite, en dehors de toute menace provenant de la chose elle-même. Dans ce cas, les dommages-intérêts sont toujours dus, même si l'auteur de l'acte n'a aucune faute à se reprocher. C'est donc un fait de risques. On a paru contester le bien fondé, sous ce rapport, de la distinction ainsi admise, entre le cas de défense personnelle contre la chose d'autrui (art. 228) et celui d'atteinte à la chose d'autrui en l'état de nécessité, et sans qu'il y eût aucun danger provenant d'elle, par exemple le cas de la barque citée plus haut ou celui de soustraction d'un morceau de pain sous l'empire de la faim. Rien de plus légitime cependant, même en dehors du système de la responsabilité subjective, et en se plaçant uniquement au point de vue de la question de répartition des risques, que, lorsque c'est la chose d'autrui qui menace d'un danger, un chien prêt à mordre, un objet matériel prêt à tomber, les risques de la destruction soient pour le propriétaire de la chose qui a été la cause du danger. La propriété ne peut pas devenir un danger pour les autres; et, si elle le devient, on a le droit de s'en garer par tous les moyens possibles, aux risques du propriétaire. Lorsque, au contraire, sous le coup d'un danger personnel auquel la chose d'autrui reste étrangère, on porte atteinte à cette dernière, il est juste que les risques de la détérioration soient toujours à la charge de celui qui l'a endommagée, indépendamment de toute faute de sa part, et non à la charge du propriétaire. (Cf. dans R. Merkel, *loc. cit.*, le chapitre si remarquable sur le *Prinzip des aktiven Interesses*, et principalement p. 160 et suiv.)

§ IX. Quoi qu'il en soit, on a proposé d'interpréter d'une façon assez rigoureuse le principe de distinction de l'article 228, qui met les dommages-intérêts à la charge de l'auteur de l'acte, suivant qu'il avait ou non une part de responsabilité dans le danger qu'il a couru; et on paraît se contenter d'une simple prévision de sa part, ou d'un défaut de prévision, ce qui serait de sa part une faute d'imprudence, lorsque cette prévision aurait dû

être suffisante à lui faire prendre les mesures nécessaires pour se garer du danger : le fait, par exemple, de s'approcher trop près d'un animal que l'on aurait dû supposer dangereux. Enfin, il faut bien faire observer que cette responsabilité doit avoir été personnelle à l'auteur de l'acte, et l'on sait que celui-ci n'est pas forcément celui qui avait couru le danger, puisque on a le droit de s'attaquer à la propriété d'autrui pour écarter d'un autre le danger qui le menaçait : si c'est ce dernier qui est responsable du danger qu'il a couru et non celui dont le fait l'a sauvé de la menace dont il avait été l'objet, l'auteur du fait ne devra aucune indemnité. Restera à voir si celui qu'il a délivré et qui par sa faute s'était mis dans la situation dangereuse qui le menaçait n'aura pas indirectement et par sa faute été cause de l'atteinte à la propriété d'autrui, de telle sorte qu'il pût être considéré comme étant responsable d'un délit civil au sens de l'article 823.

§ X. En dehors d'une menace provenant de la chose elle-même, l'état de nécessité, d'après le premier Projet, et encore d'après le second dans sa première rédaction, restait sans influence au point de vue du droit civil; si l'acte commis sous l'empire de la nécessité constituait en lui-même un délit civil, il était dit expressément (art. 746 P[1]) que l'état de nécessité ne suffirait pas à exclure le droit à réparation, et il devait en être ainsi même si, s'agissant d'un fait tombant sous le coup du droit pénal, l'état de nécessité lui eût enlevé son caractère de délit d'après l'article 54 C. Pén. L'acte fût resté un délit civil; ou plutôt on voulait écarter la conséquence déplorable qui aurait pu résulter du système de responsabilité subjective qui se trouvait maintenu, pour le cas où l'acte commis sous l'empire de la contrainte aurait pu être considéré comme n'impliquant plus responsabilité morale, à raison de la violence subie par la volonté. On ne voulait pas que cette suppression de l'idée de faute supprimât l'obligation de réparer le dommage. Peut-être entendait-on, en pareil cas, qu'il n'y eût plus délit civil proprement dit; mais l'obligation à réparation subsistait. Ce qui est certain, c'est que l'acte, même commis sous l'empire d'une contrainte irrésistible, restait un acte illégitime en soi et que l'intéressé avait le droit de le repousser par la force. C'est en seconde lecture seulement que l'on a comblé les lacunes du premier Projet, en faisant la part de l'état de nécessité et en délimitant les conditions sous lesquelles il enlèverait au fait son caractère d'illégitimité au point de vue civil (art. 889 P[3]). On a supprimé en outre, dans l'article 823 relatif au délit civil, la mention qui avait été faite à l'état de nécessité. On n'a pas voulu dire par là que désormais tout acte commis en cet état supprimerait le droit à réparation, puisque, même dans les cas où l'article 904 admet que la néces-

sité puisse justifier l'atteinte au droit d'autrui, le droit à réparation subsiste. Il faut au contraire en conclure que, en dehors des cas prévus par l'article 904, l'état de nécessité ne suffit pas à lui seul à enlever à l'acte son caractère délictuel, au point de vue de la matérialité du fait, sauf la question de savoir si, au point de vue subjectif, il ne doit pas supprimer la faute. Mais ce dernier point est une question d'espèce; et encore doit-on soutenir que, même si la faute est exclue, cette circonstance pourrait suffire à enlever à l'acte son caractère de délit civil, mais non à écarter l'obligation à réparation, puisque, même dans les cas de l'article 904, où l'on ne s'attache plus à l'idée de faute, le droit à indemnité est maintenu au profit du propriétaire. Il s'agirait d'un acte objectivement illicite que le propriétaire garde le droit de repousser par la force, mais qui subjectivement aurait perdu son caractère de délit; le seul fait de l'objectivité délictuelle suffirait donc à justifier l'emploi de la force pour s'opposer à l'acte et le repousser, et à plus forte raison à justifier le droit à indemnité. Au contraire, dans les cas prévus par l'article 904, il n'y a plus à rechercher si, par rapport à l'acte dommageable qu'il a commis, l'agent était ou non dans un tel état de contrainte que sa responsabilité subjective s'en trouvât exclue. L'acte, dans tous les cas et à tous les points de vue, perd son caractère délictuel non seulement au point de vue subjectif, par présomption légale, mais encore au point de vue objectif et dans sa matérialité : dans sa matérialité objective, il devient un acte permis, que personne ne peut plus écarter par la force.

§ XI. Donc, d'après l'article 904, il n'y a pas plus que dans l'hypothèse de l'article 228 à poser la question de faute par rapport à l'acte de détérioration pris en lui-même; que la contrainte morale qui l'a inspiré ait été ou non suffisante à supprimer la faute, c'est un point indifférent. Dans tous les cas, lorsque les conditions de l'article 904 sont remplies, l'acte cesse d'être illicite; mais, en outre, il cesse d'être illicite même dans sa matérialité objective et le propriétaire n'a plus le droit de le repousser par la force : l'application de l'article 227 est écartée.

§ XII. Mais, à d'autres points de vue, les conditions de l'article 904 diffèrent de celles de l'article 228. Tout d'abord, il vise le cas de danger personnel auquel la chose à laquelle on s'attaque soit restée complètement étrangère; il implique d'ailleurs, comme l'article 228, que l'atteinte porte uniquement sur une chose proprement dite, mobilière ou immobilière, ou un animal. Mais les actes ainsi prévus sont d'une catégorie bien plus large que lorsqu'il s'agit de ceux rentrant sous le domaine de l'article 228. On parle d'une mainmise sur la chose, d'une atteinte à la propriété et non

Art. 229. Celui qui, dans un but de justice personnelle, appréhende une chose, la détruit ou la détériore ou qui, dans le même

---

seulement de détérioration ou de destruction. Ce pourrait être le fait de s'accrocher à une barque, de violer l'entrée d'un domicile au cas d'incendie, de s'emparer d'un pain sous l'empire de la faim. Mais il faut, d'autre part, pour que le fait soit justifié, que le dommage dont on est menacé soit considérablement plus grand que celui que l'on porte à la chose d'autrui : la différence de proportionnalité devra être bien autrement élargie que dans le cas de l'article 228. Enfin, on sait déjà que, dans aucun cas, même si l'auteur du fait n'a aucune faute à se reprocher, non seulement par rapport à l'acte dont il est l'auteur, mais par rapport au danger qui a rendu cet acte nécessaire, il n'est libéré des dommages-intérêts et de l'obligation à réparation. Rien n'est plus juste.

§ XIII. Il est donc probable, à raison de cette différence qui constitue l'intérêt pratique capital qu'il y ait à distinguer entre cette hypothèse et celle de l'article 228, qu'il s'élèvera certaines questions d'espèces assez délicates quant à l'application du criterium destiné à fixer la limite séparative des deux domaines. Il est possible que, dans certains cas, le danger provienne bien de la chose d'autrui, mais à raison d'un danger personnel qui a commencé par menacer l'auteur de l'acte. Si, par exemple, dans le cas d'incendie, on sacrifie la maison voisine pour sauver la sienne, mais uniquement à raison du danger de combustibilité qu'elle présente, dira-t-on, si ce n'est pas dans cet immeuble que l'incendie a pris, que le danger est venu de cette maison elle-même? On voit combien, dans beaucoup de cas, la tâche du juge sera difficile. Ce n'est pas une raison pour contester la valeur du progrès considérable réalisé par l'introduction des articles 228 et 904 au point de vue de la justice sociale : la complexité des intérêts qui se pénètrent, au lieu de s'isoler comme par le passé, rend le rôle du juge singulièrement grave et laborieux, puisque c'est à lui qu'il appartient de faire le partage entre les droits de l'intérêt individuel et les exigences de l'intérêt social. Mais de ce que le système individualiste du droit antérieur avait supprimé la difficulté en l'écartant, c'est-à-dire en sacrifiant l'intérêt social au droit individuel, cela veut-il dire que la difficulté en soi n'existait pas? La nier n'était pas la résoudre; mais c'était, d'autre part, fausser l'idée de justice et méconnaître les exigences les plus indispensables de la vie sociale. Le juge redevient l'arbitre suprême de la vie sociale.

Art. 229. § I. L'article 229 traite des cas, où, par exception, il est permis

but, arrête une personne soumise à une obligation, lorsqu'elle est soupçonnée de prendre la fuite, ou repousse la résistance qu'elle

---

se faire justice à soi-même, et où par conséquent un acte de justice personnelle cesse d'être illégal. La loi détermine à quelles conditions générales ces actes de justice personnelle seront admis, et ensuite quels actes seront permis. Comme considérations générales, il faut d'abord que l'intervention de l'autorité publique sous forme de recours aux tribunaux ou aux autorités administratives, suivant le cas, ne puisse être demandée à temps pour empêcher le droit d'être compromis. Il faut ensuite que, sans l'intervention personnelle de l'ayant droit, la prétention juridique dont il est investi, l'*Anspruch*, dit le texte, — et l'on sait que cela fait allusion à toute prétention justifiée par le droit, même considérée autrement que sous forme d'action en justice (note sous art. 194), — risque d'être complètement perdue ou que sa réalisation menace de se trouver considérablement aggravée. Donc on admet la faculté de se faire justice personnellement même pour éviter uniquement que la mise en œuvre de son droit soit rendue plus difficile par le recours à l'autorité publique. On n'exige pas forcément qu'il y ait risque que le droit soit complètement perdu et sa réalisation rendue absolument impossible; il suffit de la crainte d'un dommage sérieux pouvant résulter du délai qu'exigerait le recours aux moyens légaux pour que l'acte de justice personnelle soit justifié. On exige toutefois que les difficultés susceptibles de provenir des délais normaux soient sérieuses et essentielles, portant sur les points indispensables pour obtenir satisfaction.

§ II. Les moyens d'intervention et de mainmise personnelle, permis par l'article 229, sont le fait d'appréhender et au besoin même de détériorer et détruire la chose d'autrui. Mais il n'est permis de l'appréhender que dans les cas où il serait permis de demander, à défaut de saisie, qu'elle fût mise sous séquestre (art. 230), ce qui ne peut avoir lieu que sous les conditions de l'article 916 C. Pr. all., et pour des choses non comprises parmi celles que vise l'article 811 C. P. all., à moins que la prétention juridique n'ait pour objet cette chose elle-même. Il faut en conclure aussi que cette mise sous séquestre privé ne pourrait avoir lieu dans les hypothèses prévues par le second alinéa de l'article 888 C. Pr. all.

§ III. En second lieu, l'article 229 permet d'arrêter et d'appréhender un débiteur prêt à s'enfuir. Sous ce rapport, l'article 229 va moins loin que le premier Projet qui permettait (art. 189 P[1]) tout acte de contrainte destiné

lui oppose contre un fait qu'elle était obligée de subir, ne fait pas un acte contraire au droit, lorsqu'il est impossible à la justice publique d'intervenir en temps utile, et que, sans cette mainmise immédiate, il y ait danger que la réalisation de ce à quoi sa prétention lui donne droit soit rendue impossible ou essentiellement plus difficile.

Art. 230. La justice personnelle ne peut licitement aller au delà de ce qui est exigé pour repousser le danger.

à obliger le débiteur à exécuter son obligation. L'article 229 n'autorise plus que le fait de l'arrêter et de le tenir en sûreté, de la même façon qu'il pourrait être décrété de prise de corps et mis en arrêt de sûreté par la justice publique conformément à l'article 918 C. Pr. all., donc sous les conditions où ce texte permet cette atteinte à la liberté individuelle. La Commission du Reichstag a d'ailleurs ajouté une condition supplémentaire, consistant en ce que cette mainmise n'est autorisée que pour empêcher la fuite du débiteur; elle ne le serait donc pas pour l'empêcher, par exemple, de détériorer son patrimoine en tant qu'il sert de gage au créancier, ou même la chose due à ce dernier, ou pour opérer sur sa personne une contrainte qui pût le décider à s'exécuter. Même dans ce dernier cas, du reste, la saisie patrimoniale privée serait écartée par l'article 888 C. Pr. all., comme on l'a vu plus haut.

§ IV. Enfin, au cas de résistance injustifiée du débiteur ou, d'une façon générale, de l'obligé à l'accomplissement d'un acte qu'il doive souffrir, comme au cas de servitude, par exemple, l'ayant droit est autorisé à l'y contraindre par la force, c'est-à-dire en employant lui-même, lorsque les conditions de la justice personnelle se trouvent exister, les mesures permises par le Code de procédure aux représentants de l'autorité publique et en particulier aux créanciers dans des cas analogues (art. 892 C. Pr. all.), sans compter, lorsqu'il s'agit de servitudes, la ressource complémentaire de l'article 1029.

Art. 230. L'article 230 a pour but d'indiquer les limites du droit de justice personnelle : il en a déjà été question à la note sur l'article 229. L'article 230 indique d'ailleurs ce qui doit être fait immédiatement après l'acte d'appréhension réelle ou personnelle et les mesures imposées à l'auteur de l'acte : s'il ne s'y soumet pas, il agit illégalement, et commet par suite un

Au cas d'appréhension de choses, dès qu'il n'est pas procédé à l'exécution forcée, il faut requérir la saisie réelle.

Au cas d'arrestation d'une personne soumise à une obligation, dès qu'elle n'est pas remise en liberté, il faut requérir la saisie de sûreté personnelle, en s'adressant au tribunal de bailliage dans le ressort duquel l'arrestation a eu lieu; la personne soumise à obligation doit être sans retard conduite devant la justice.

Si la requête à fin de saisie est ajournée ou rejetée, on doit sans retard procéder à la restitution des choses appréhendées ou à la libération de la personne arrêtée.

Art. 231. Celui qui accomplit l'un des faits désignés à l'ar-

---

délit civil, à moins d'établir que le retard qu'il a mis à s'adresser à justice ne provienne pas de sa faute (art. 121). Si d'ailleurs la justice refuse ou néglige les moyens de contrainte qu'on lui demande, l'acte d'appréhension personnelle ou réelle doit cesser tout aussitôt; c'est un droit pour l'individu arrêté ou dont la chose a été saisie de recouvrer ou sa chose ou sa liberté, de telle sorte que, même si le retard opposé par son adversaire n'était dû à aucune faute de la part de ce dernier, il y aurait lieu à dommages-intérêts. Et au besoin ce même individu pourrait-il, si lui-même se trouve dans les conditions de la justice personnelle, se faire justice à lui-même, conformément à l'article 229.

Art. 231. L'article 231 nous offre un nouvel exemple, à côté de celui de l'article 904 (note sur 228), d'un pur fait de risques servant de cause à l'obligation d'indemnité en dehors de toute idée de faute. Il était de toute justice qu'il en fût ainsi pour les faits si graves autorisés par l'article 229 contre le droit d'autrui et même contre la liberté d'autrui. Celui qui en est l'auteur agit à ses risques et périls; et celui qui les subit irrégulièrement a droit à réparation sans qu'il y ait à s'inquiéter de savoir si l'erreur en vertu de laquelle son adversaire a pu se croire en droit d'exercer de tels moyens de contrainte vis-à-vis de lui était excusable ou non: il s'agit d'un fait qui, dans sa matérialité objective, reste illicite; il doit en être dû réparation en tout état de cause; et peut-être sera-t-il permis d'ajouter qu'il devrait en être ainsi de tous les faits qualifiés délits civils. Mais on verra sur les articles 823

ticle 229 dans la supposition erronée que les conditions préalables exigées pour en exclure l'irrégularité se trouvaient exister, est obligé, vis-à-vis de l'autre partie, à réparation du dommage, même si son erreur ne repose pas sur une négligence.

---

et suivants que cette conception n'a pas été généralisée par le Code civil allemand (cf. Sal., *Obl.*, p. 362, note 1; p. 370, note 1; p. 376, note 1).

SECTION SEPTIÈME.

DE LA PRESTATION DE SÛRETÉ.

Art. 232. Celui qui doit fournir sûreté peut le faire :

Par la consignation d'argent ou de valeurs;

Par la mise en gage de créances qui soient inscrites sur le grand livre de la Dette publique de l'Empire ou celui d'un des États confédérés;

Par la mise en gage de choses mobilières;

Par la constitution d'hypothèques sur des fonds situés à l'intérieur du pays;

Par la mise en gage de créances garanties par une hypothèque sur un fonds situé à l'intérieur, ou par celle de dettes foncières ou de rentes foncières sur des fonds situés à l'intérieur.

Si la sûreté ne peut être fournie de cette façon, la constitution d'une caution suffisante peut être admise.

Art. 232. § I. Il va de soi que les différents procédés indiqués par l'article 232 restent au choix du débiteur, mais sans qu'on puisse voir là une obligation alternative, au sens technique du mot, à laquelle doivent s'appliquer à la lettre les dispositions des articles 262 et suivants. C'est même pour cela, paraît-il, qu'on aurait supprimé les mots du premier Projet, d'après lesquels il était dit que l'on pouvait employer à son choix l'un des moyens désignés (Pl., sur § 232).

§ II. En ce qui touche la consignation, il y aura lieu de faire application des articles 372 et suivants, et de tenir compte des dispositions de la Loi d'introduction (art. 144 et 145 et art. 90). Il n'est pas douteux, lorsque l'exercice ou l'obtention d'un droit se trouvent subordonnés à la prestation d'une sûreté, que, pour être admis à fournir caution, c'est à celui qui la doit de prouver qu'il lui a été impossible d'employer l'un des procédés indiqués dans le premier alinéa du texte.

Art. 233. Par la consignation, l'ayant droit acquiert un droit de gage sur l'argent consigné ou sur les valeurs consignées et, si l'argent ou les valeurs, d'après les règles de la législation d'État, passent dans la propriété du fisc ou de l'établissement désigné comme caisse de consignation, il acquiert un droit de gage sur la créance en remboursement.

Art. 234. Les valeurs ne sont aptes à servir de prestation de sûreté que lorsqu'elles sont au porteur, qu'elles ont un cours coté et qu'elles appartiennent à l'une des catégories dans lesquelles il est permis de faire emploi des capitaux des mineurs. Sont assimilés aux titres au porteur les titres à ordre pourvus d'un endossement en blanc.

On doit, avec les valeurs, consigner les coupons d'intérêts, de rentes, de dividendes et les talons de renouvellement.

On ne peut, avec les valeurs, fournir sûreté que jusqu'à concurrence des trois quarts de leur montant, suivant le cours officiel.

Art. 235. Celui qui, au moyen d'une consignation d'argent ou de valeurs, a fourni sûreté, est autorisé à échanger l'argent consigné contre des valeurs aptes à servir de sûreté, et les valeurs consignées contre d'autres valeurs ayant la même aptitude ou contre de l'argent.

Art. 236. On ne peut fournir sûreté au moyen d'une créance inscrite sur le livre de la Dette publique de l'Empire ou de l'un des États confédérés que jusqu'à concurrence des trois quarts du montant, suivant le cours officiel, des valeurs dont le créancier peut exiger la remise contre radiation de sa créance.

Art. 233. Il s'agit ici d'un droit de gage établi par la loi et auquel s'appliqueront les articles 1257 et 1273 et suivants (cf. art. 1279 à 1290).

Art. 237. On ne peut fournir sûreté au moyen d'une chose mobilière que jusqu'à concurrence des deux tiers de sa valeur d'estimation. Les choses sujettes à dépérissement ou dont la garde doive entraîner des difficultés spéciales peuvent être refusées.

Art. 238. Une créance hypothécaire, une dette foncière ou une rente foncière, ne sont aptes à servir de prestation de sûreté que lorsqu'elles répondent aux conditions préalables sous lesquelles, au lieu même de la prestation de sûreté, il est permis de faire emploi des capitaux d'un mineur en créances hypothécaires, dettes foncières ou rentes foncières.

Une créance, pour laquelle existe une hypothèque de garantie, n'est pas apte à servir de prestation de sûreté.

Art. 239. Une caution est suffisante lorsqu'elle possède un patrimoine qui soit en rapport avec le montant de la sûreté à fournir et qu'elle a son domicile général de compétence à l'intérieur du pays.

Art 238. Cf. art. 1807. L'article 238 vise le cas de créances hypothécaires consignées en vue d'une prestation de sûreté et ne parle pas des cas où la sûreté consisterait dans une constitution d'hypothèque, auquel cas il y aurait lieu d'appliquer cependant par voie d'analogie les conditions exigées pour les placements hypothécaires des mineurs (art. 1807, al. 1; cf. Pl., sur § 238). Cf. art. 1184.

Art. 239. Cf. art. 16 C. Pr. all. — Tous les différents Projets exigeaient, pour le cas spécial, prévu par l'article 239, que la déclaration de la caution fût donnée sous la forme écrite; mais la Commission du Reichstag ayant fait de cette exigence le droit commun en matière de cautionnement, il n'y avait plus lieu de le redire à nouveau. Et il va de soi, puisque la renonciation exigée par l'article 239 doit être contenue dans la déclaration de cautionnement, qu'elle aura lieu également par écrit.

La déclaration de cautionnement doit nécessairement contenir renonciation à l'exception de discussion.

Art. 240. Si la sûreté fournie devient insuffisante sans la faute

---

Art. 240. La disposition de l'article 240 est inspirée par cette idée qu'il ne suffit pas que la sûreté fournie remplisse, au moment où elle est constituée, les conditions exigées par la loi, mais que, tout le temps pendant lequel elle doit subsister, elle doit présenter les mêmes garanties pour l'ayant droit; aussi celui-ci est-il autorisé à exiger, si elle devient insuffisante et que ce soit sans sa faute, qu'elle soit complétée ou remplacée. Et c'est à lui de prouver que la diminution dont il se plaint est arrivée sans sa faute. Quant au choix accordé à celui qui doit fournir la sûreté, on se demande dans quelle mesure il doit lui être laissé; et s'il peut, au lieu de compléter la sûreté déjà constituée, la remplaçer par une autre toute différente qui garantisse l'intégralité de la valeur qu'elle doit couvrir, ou si c'est seulement pour l'excédent de valeur correspondant à la diminution subie que cette alternative lui soit accordée. Dans ce dernier système, on ne lui permettrait de reprendre ce qu'il a fourni pour lui substituer un autre mode de garantie que dans le cas de l'article 235. Sinon, ce serait, dit-on, violer les droits acquis de celui à qui la sûreté est due et accorder à l'autre partie une faculté que le droit commun lui refuse. Mais il n'est pas douteux cependant que cette obligation de courir les risques de diminution de valeur, tant que la sûreté reste constituée est une lourde aggravation pour celui qui la doit, et qu'elle doit être compensée, lorsque cette obligation lui incombe, par une liberté d'option aussi large que possible, dans la mesure où elle ne compromet en rien les intérêts de l'ayant droit. Or on ne voit pas comment, si on a remis en gage à ce dernier, par exemple, des titres qui viennent à diminuer de valeur et que l'autre partie, désireuse de pouvoir disposer de ces titres, lui constitue une hypothèque absolument sûre pour la totalité de la valeur garantie, le créancier pourrait s'y opposer, en n'acceptant l'hypothèque que pour la valeur qui représente la baisse subie par les titres antérieurement fournis. Sans doute, le texte ne dit pas que la sûreté pourra être complétée ou remplacée, d'où l'on a pu induire qu'en parlant de la faculté d'en fournir une autre on n'admettait cette possibilité que pour le montant de ce qui excède la valeur actuelle de l'ancienne sûreté. Mais on a fait observer qu'avec cette interprétation la rédaction du texte s'expliquerait mal, puisque ce choix, en ce qui concerne

de l'ayant droit, elle doit être complétée ou une autre sûreté, d'une catégorie quelconque, doit être fournie.

---

le supplément de sûreté, ne serait que l'application du droit commun de l'article 232, ce qui rendrait la disposition de l'article 240 parfaitement inutile. Il faut donc que cette alternative puisse exister même par rapport à la sûreté déjà fournie à l'ayant droit (PL., sur § 240).

LIVRE DEUXIÈME.

DROIT DES RAPPORTS D'OBLIGATION.

SECTION PREMIÈRE.

DU CONTENU DES RAPPORTS D'OBLIGATION.

TITRE PREMIER.

DE L'OBLIGATION DE PRESTER.

Art. 241. En vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut consister également dans une abstention.

Liv. II. — Pour toute cette partie, voir, en dehors des commentaires généraux, les ouvrages de Schollmeyer et de Stammler, ainsi que le second fascicule de Eck, et le second volume de l'important traité de Crome, indiqués à la Bibliographie générale (cf. également Sal., *Obl.*, et *Bull.*, 1895). Le Code civil allemand, au point de vue de la terminologie, a distingué l'état de droit réciproque dérivant pour les parties de l'existence d'une obligation : c'est le «rapport d'obligation». Il donne plus particulièrement le nom d'«obligation» au lien pesant sur le débiteur et par lequel il est tenu d'exécuter; alors que cette obligation, considérée non plus comme un effet du rapport d'obligation, mais comme une valeur passive faisant partie du patrimoine, prend le nom de «dette», ou d'«engagement» suivant les cas (*Schuldverhältniss*, *Verpflichtung*, et *Schuld* ou *Verbindlichkeit*).

Art. 241. C'est avec intention que l'article 241 ne fait pas allusion à la valeur pécuniaire de la prestation. Il a été expressément entendu par là qu'il suffirait, pour que l'obligation fût valable, que son objet présentât pour le créancier un intérêt légitime et digne d'être protégé en justice, alors même qu'il s'agirait d'un intérêt purement moral ou d'un pur intérêt d'affection. La seule réserve à signaler est que la justice n'aurait pas à sanctionner de simples

Art. 242. Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et confiance réciproque (1) en corrélation avec les usages admis en affaires (2).

---

caprices ou de pures fantaisies érigées en droits de créances (Scholl., § 241). Resterait, il est vrai, lorsque l'intérêt est purement moral, à déterminer pratiquement le mode d'exécution : la question a été renvoyée à l'article 253. Sur tous ces points, voir les *Motifs*, II, sur article 206 P[1] (cf. Kohler, *Das Obligationsinteresse*, dans *Arch. f. bürg. R.*, t. XII, et surtout la thèse de M. Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, Paris, Rousseau, 1901, et Crome, *loc. cit.*, II, § 141, p. 18 et suiv.).

Art. 242. (1) Cf. la note sur article 157 : on y verra la valeur exacte de cette expression allemande, admise pour traduire l'idée de «bonne foi». (Et sur cette notion, l'important chapitre de Stammler, p. 36 et suiv., et celui de Crome, § 142.)

(2) § I. On avait proposé, soit devant la seconde Commission, soit en séance du Reichstag, d'ajouter un paragraphe consacrant expressément ce que l'on était convenu d'appeler l'*exceptio doli generalis*, c'est-à-dire la faculté pour le débiteur de s'opposer à la poursuite du créancier, lorsque cette dernière, par l'objet même qui la constitue ou les circonstances qui l'accompagnent, doit être considérée comme une violation de la bonne foi et de la loyauté. L'amendement ne fut pas admis (cf. cependant art. 226).

§ II. Il n'en résulte pas moins que la disposition de l'article 242 a une valeur essentiellement objective, visant le mode d'exercice du droit, et non pas l'interprétation de l'acte juridique d'où est née l'obligation. Il ne s'agit pas seulement de rechercher ce que les parties avaient voulu et d'obliger le débiteur à exécuter l'obligation conformement à cette intention présumée. Ce point était déjà réglé par l'article 133. Il ne s'agit pas davantage, lorsque l'obligation dérive d'un contrat, de rechercher comment doit se faire l'interprétation du contrat, ce qui rentre sous l'application de l'article 157. Et il faut reconnaître que la rédaction primitive (art. 359 P[1]) aurait pu donner lieu à cette méprise. Mais le texte actuel ne parle plus de délimiter d'après les usages et la bonne foi le contenu même de l'obligation, ce qui est du ressort des articles 157 et 226; il a pour objet d'indiquer comment l'obligation, quel qu'en soit le contenu, devra être exécutée. D'autre part, il règle cette exécution pour toute obligation quelle qu'en soit la source, et non pas seule-

ART. 243. Celui qui doit une chose déterminée seulement d'après son genre doit la fournir d'espèce et de qualité moyennes.

---

ment pour celles dérivant d'un contrat (cf. art. 359 P[1], et PL., II, p. 10); et il faut remarquer aussi que le texte se place au point de vue de la bonne foi dans son application aux deux parties, en ce qui concerne leurs rapports réciproques, et sans prétendre n'envisager que l'intérêt du débiteur. C'est là le sens exact du mot «confiance réciproque», qu'il serait insuffisant, par suite, de traduire uniquement par l'expression de «bonne foi». Il s'agit donc de savoir comment l'obligation doit être exécutée; et, par suite, il y aura lieu de tenir compte des circonstances tirées des usages et de l'équité et qui seraient de nature à en atténuer la rigueur, ou, d'une façon générale, à en modifier le contenu, dans un sens ou dans l'autre, si la loyauté l'exige (cf. art. 243 note § VIII). On pourra en faire l'application, par exemple, à l'hypothèse de l'article 557, en ce qui touche la cessation du bail et le droit d'expulsion qui appartient au bailleur, s'il y a une raison d'humanité, approuvée par les usages en cours, à ne pas expulser le preneur au jour dit. Resterait à savoir d'après quelle méthode et quel point de vue d'idéal social, comme dit Stammler, il y aurait lieu de construire cette notion objective d'équité. C'est un point réservé à la doctrine et qui devra être résolu, sans doute, d'après les mêmes tendances que celles qui serviront à fournir le criterium de l'acte contraire aux bonnes mœurs d'après l'article 138 (cf. SAL., *Décl.*, sur art. 138, et STAM., p. 36-54).

ART. 243. § I. La dette de genre se distingue de la dette alternative en ce que celle-ci porte réellement sur deux objets, mais dont l'un seulement doive être choisi par le débiteur, tandis que la première ne porte sur aucun objet pris en particulier, ou plutôt ne porte que sur un seul, lequel est désigné par son genre au lieu de l'être par son individualité; et c'est afin de mieux marquer cette opposition que l'article 243 déclare que le débiteur devra fournir une chose de qualité moyenne, au lieu de dire, comme l'article 213 P[1], qu'il devrait la choisir : il ne s'agit pas de choix, mais de spécialisation (cf. PL. sur § 243). Quant à la dette de genre de caractère mixte, telle qu'elle est désignée par les auteurs, lorsque le débiteur se trouve avoir à choisir parmi un nombre d'espèces quantitativement déterminées, par exemple un cheval de telle écurie, tant de mesures de froment à prendre dans tel grenier, le Code civil ne s'en occupe pas, laissant à la doctrine le soin de décider dans quel cas elle resterait une dette de genre, si l'on s'est plus spécialement attaché à la désignation

Lorsque le débiteur a fait tout ce qui, de son côté, était exigible pour la prestation d'une chose de cette nature, le rapport d'obligation se restreint à cette chose.

---

de la qualité, et dans quel cas elle deviendrait une obligation alternative, si l'on a surtout eu en vue les individualités entre lesquelles le choix doit s'exercer (Scholl., p. 9).

§ II. La question visée par le second alinéa du texte est celle relative à ce que l'on est convenu d'appeler la «concentration» ou l'«individualisation» de l'obligation. Il s'agit de savoir si, avant même qu'il y ait eu livraison effectuée, l'obligation de genre peut se transformer en une dette de corps certain. Qu'il en fût ainsi lorsqu'il y a livraison proprement dite, la chose allait de soi, puisque, par le fait même, l'obligation se trouve non seulement spécialisée, mais directement éteinte par le payement. Ihering avait cependant soutenu que cette individualisation juridique de lobligation ne se produisait, en principe, que par la livraison (*Lieferungstheorie*), contrairement à d'autres auteurs, qui voulaient admettre cette spécialisation définitive de l'objet par le seul fait de la mise à part et de la séparation, c'est-à-dire, en somme, dès qu'il y aurait individualisation matérielle de la chose, quelques-uns voulant, en outre, que le créancier ait été averti. C'est cette théorie d'Ihering que le Code civil a entendu prendre comme point de départ de sa théorie, non pas qu'il aille jusqu'à exiger la livraison effective, puisque celle-ci fait plus que spécialiser l'obligation, allant jusqu'à l'éteindre, mais en ce sens qu'il ne se contente pas, en principe, de l'individualisation purement matérielle de la chose: il entend que l'obligation garde son caractère tant que le débiteur reste tenu de la responsabilité initiale qui pèse sur lui. Là, au contraire, où sa responsabilité se transforme, disparaît ou s'atténue, la loi juge qu'il aura fait assez pour qu'il doive bénéficier des avantages de la spécialisation.

§ III. Restait à trouver une formule qui pût comprendre toutes ces hypothèses, où, la responsabilité du débiteur se trouvant déchargée ou atténuée, son obligation dût être concentrée sur un objet déterminé choisi par lui. Le premier Projet avait réuni toute cette série d'hypothèses sous le couvert d'une formule qu'il avait cru être assez large, en disant que cette spécialisation s'opérerait dès qu'il y aurait transfert des risques à la charge du créancier. De droit commun, même en matière de dette de corps certain, le Code civil allemand laisse les risques à la charge du débiteur, au sens spécial où l'on entend ce mot lorsqu'il s'agit de contrats synallagmatiques. Mais d'ailleurs, lorsqu'il s'agit

de dettes de genre, ce que l'on veut dire en parlant de risques, et sur ce point toutes les législations admettent la même solution, c'est que le débiteur répond même du cas fortuit (art. 279). Le moment où, dans une obligation de cette nature, les risques passeront au créancier sera, d'après l'article 300 al. 2, celui où le débiteur ayant offert une chose déterminée au créancier, ce dernier sera en demeure de l'accepter. Il y aura lieu de se demander, d'ailleurs, sur l'article 300, si toute mise en demeure du créancier suffirait à réaliser ce transfert des risques; mais, en principe, on peut dire qu'il s'identifiera avec la demeure pour refus d'accepter. Indépendamment de toute question de mise en demeure, il y aurait transfert des risques, par le seul fait de l'expédition, dans l'hypothèse exceptionnelle de l'article 447, lorsque, la livraison ayant dû se faire au domicile du débiteur, c'est sur la demande du créancier que le débiteur accepte de lui faire parvenir la chose au lieu qu'il lui désigne; et de même en serait-il encore, lorsque, sur la demande du créancier, sous réserve du cas prévu à l'article 270 al. 3, il y a changement du domicile d'exécution et que le débiteur accepte d'expédier la chose à la nouvelle destination. Dans toutes ces hypothèses, on a admis que les risques passeraient au créancier par le seul fait de la remise au voiturier (art. 447). Et enfin la seconde Commission a accepté la même solution pour le cas de commande d'ouvrage, sous les conditions de l'article 447, lorsque l'expédition se ferait sur la demande du créancier. Là encore, contrairement à ce qu'avait admis le premier Projet (*M.*, II, 499), les risques passent au créancier avec la remise aux agents chargés du transport (art. 644).

§ IV. La formule du premier Projet n'aurait guère pu s'étendre au delà, si ce n'est par suite d'une interprétation par voie d'analogie qui aurait pu donner lieu à controverse. On peut supposer, en effet, une obligation née d'une donation, ou d'un testament. Il est difficile en cette matière de parler d'un transfert des risques au créancier, surtout dans l'hypothèse qui pût correspondre à celle de l'article 447, si l'on suppose le créancier chargeant le débiteur de lui expédier la chose, et celui-ci y consentant. La solution visant ce cas spécial n'est donnée que pour certains contrats particuliers (art. 447, 644, 651), parmi lesquels la donation n'est pas comprise; et; d'autre part, comment parler d'un transfert des risques à la charge du créancier, là où celui-ci n'a aucune contre-prestation à fournir, puisque ce créancier est un donataire? Que le débiteur soit libéré par cas fortuit, ce peut être un défaut d'acquérir pour le donataire, ce n'est pas un risque au sens où le mot est pris en matière de contrats synallagmatiques.

§ V. Pour parer à ces difficultés, le nouveau texte a adopté une formule

beaucoup plus large, susceptible de comprendre, d'abord toutes les hypthèses visées par le premier Projet, et ensuite toutes celles qui leur seraient assimilables. On dit qu'il y aura concentration de l'obligation, lorsque toute la part de coopération matérielle qui incombe au débiteur pour que l'exécution soit réalisée aura été fournie, donc lorsqu'il aura fait de son côté tout ce qu'il avait à faire, et que le reste ne dépendît plus que du créancier : ce sera l'exécution réelle, moins la part de coopération du créancier; c'est par là qu'on peut dire que c'est encore la théorie d'Ihering qui se trouve consacrée. C'est ainsi que doit se comprendre la formule, un peu vague à l'apparence, adoptée par la seconde Commission, et qu'il serait peut-être insuffisant de traduire en disant «lorsque le débiteur a fait de son côté tout ce qui était nécessaire». Le texte dit d'une façon plus précise, et partant plus juridique, «tout ce qui était exigible de sa part», donc toute la part de coopération que l'on pouvait exiger de lui. Mais cela ne va pas au delà.

§ VI. Il en sera donc ainsi dans tous les cas où la demeure du créancier, d'après l'article 300 al. 2, suffira à intervertir la charge des risques, également dans tous les cas où ce transfert des risques se produira indépendamment de toute question relative à la mise en demeure (art. 447, 644, 651), et enfin dans tous les cas où, sans qu'il y ait à parler d'un transfert de risques proprement dit, se rencontreront les mêmes circonstances que celles qui, suivant l'article 447, eussent justifié une interversion de risques à subir, si le contrat eût comporté une interversion de ce genre. Si donc la dette est portable, il ne suffira pas de l'expédition de la chose, il faudra l'offre réelle au domicile du créancier; l'expédition ne suffirait que dans les cas d'application de l'article 447, application par voie de disposition expresse ou par analogie. Si la dette est quérable, et indépendamment des hypothèses visées par l'article 447, il faudrait en principe une offre réelle faite au créancier se présentant au domicile du débiteur. Mais, il peut arriver, en pareil cas, lorsqu'une démarche préalable est exigée du créancier, comme lorsqu'il doit venir prendre livraison, qu'une offre verbale suffise pour la mise en demeure (art. 295) : suffira-t-elle pour l'individualisation juridique et la spécialisation de l'obligation? C'est un point à étudier sur l'article 300. En tout cas, on voit qu'en principe, tout au moins, l'individualisation juridique de l'obligation est loin de correspondre à l'individualisation matérielle de la chose qui en est l'objet (cf. art. 300, note §§ II, III et suiv.).

§ VII. L'effet de la concentration consistera, avant tout, en ce que l'obligation sera traitée désormais comme une obligation de corps certain; et, par suite, l'article 279 ne recevra plus son application. Il y aura lieu de lui substituer

les articles 275 à 278, en ce qui concerne les conditions de libération du débiteur pour le cas de perte de la chose; ou plutôt sa responsabilité sera réglée, puisque presque toujours il y aura demeure du créancier, par la disposition de l'article 300 al. 1, qui, dans ce cas, limite la responsabilité du débiteur au dol et à la faute lourde. Si, d'autre part, il s'agissait d'une obligatien née d'un contrat synallagmatique, bien que le Code civil, en principe, laisse les risques, même s'il y a libération par cas fortuit, à la charge du débiteur, dès qu'il y aurait individualisation de l'obligation, les risques se trouveraient supportés par le créancier, puisque cette individualisation suppose, presque forcément, que l'on se trouve dans une hypothèse où ce transfert des risques se produit.

§ VIII. Sur tous ces points, tout le monde s'était trouvé d'accord. Mais le principe de concentration produit cette autre conséquence de donner au créancier le droit d'exiger désormais la chose sur laquelle l'obligation s'est concentrée, sans que le débiteur puisse lui en substituer un autre, fût-elle de même espèce. Ce résultat fut très vivement attaqué devant la seconde Commission, et considéré comme contraire à toutes les exigences du commerce et de la vie. Comment admettre, si le débiteur fait une offre que le créancier, irrégulièrement, refuse d'accepter et qui le constitue en demeure, que le débiteur n'ait plus le droit de disposer de la chose, sauf à lui en substituer une autre de même espèce lorsque le créancier sera disposé à accepter? Et de même au cas de l'article 447, lorsqu'il y aura eu remise au voiturier ou à la compagnie chargée du transport? On objectait que le droit du créancier sur la chose était comme la corrélation forcée du principe qui mettait les risques à sa charge, que lui-même devait avoir la faculté de disposer de la chose, ce qui impliquait que le débiteur ne l'avait plus et ne pouvait plus spéculer sur la décision éventuelle du créancier. Mais l'opinion adverse repoussait toute corrélation de ce genre, prétendant que, dans tous les cas où les risques passaient au créancier, il y avait là une règle tout à fait indépendante de la concentration, en tant qu'il s'agirait d'obligations de cette nature. Aussi voulait-on généraliser la solution de l'article 447 sur le transfert des risques pour tous les cas où, même en dehors de la vente, il y aurait expédition sur la demande du créancier, de façon à faire application aux obligations de genre de la règle sur le transfert des risques à la charge du créancier et des principes sur la libération du débiteur par suite de la perte fortuite, et cela dans tous les cas où l'article 243 reconnaît qu'il y ait individualisation de l'obligation, mais tout en abrogeant le texte de l'article 243, et par suite tout en déniant au créancier le droit de traiter l'obligation comme une dette de corps certain

Art. 244. Lorsqu'une dette d'argent dont le chiffre aura été exprimé en monnaie étrangère est payable à l'intérieur, le payement peut en être fait en monnaie d'Empire, à moins que le payement en monnaie étrangère n'ait fait l'objet d'une clause expresse du contrat.

La conversion se fait d'après le cours servant de cote officielle à l'époque et au lieu du payement.

Art. 245. Si une dette d'argent est payable en une espèce de monnaie déterminée qui se trouve n'avoir plus cours à l'époque du payement, ce payement doit s'effectuer comme si l'espèce de monnaie n'avait pas été déterminée.

Art. 246. Lorsque, en vertu de la loi ou d'un acte juridique,

---

(*Pr.*, 288-289). Mais cet amendement fut repoussé; et l'on se contenta de répondre que, si le créancier s'opposait sans motif à la substitution proposée par le débiteur et qu'il refusât d'accepter la chose offerte à la place de la première, sans qu'il ait à cela aucun intérêt appréciable, le débiteur pourrait lui opposer l'exception de dol, et s'appuyer sur l'article 226 ou plutôt sur l'article 242. (Sur tous ces points, cf. *Bull.*, 1895, 728 et suiv., et Scholl., p. 11, 12; cf. Crome, § 148, note 46, et Leonhard, dans *Iher. Iahr.*, t. XLI, p. 29 et suiv.).

Art. 244. Cette conversion en monnaie nationale est une pure faculté pour le débiteur; mais, bien que cette règle de l'article 244 soit purement dispositive, elle ne peut être exclue que par une clause contraire expresse. Cette disposition a entraîné d'ailleurs la disparition de l'article 336 al. 2 de l'ancien Code de Commerce. Il faut observer aussi que l'article 244 prévoit exclusivement le cas où le payement doit se faire dans l'intérieur de l'Empire; s'il devait se faire à l'étranger, la solution à admettre dépendrait de l'application des règles du droit international privé (cf. Pl., sur § 244-6 et *Entw. eines H. G. B.*, p. 201).

Art. 246. § 1. Cette importante disposition sur la fixation de l'intérêt légal est une de celles qui ont donné lieu aux plus vives discussions. Le taux légal de l'intérêt avait été fixé à 5 p. o/o dans le premier Projet et maintenu au même chiffre par la Commission de revision, en dépit de l'op-

une dette doit porter intérêts, ceux-ci doivent être servis au taux de quatre pour cent par an, à moins de disposition différente.

---

position très vive qu'il avait rencontrée. En élevant le taux légal de l'intérêt à un chiffre bien supérieur à celui du rendement normal des capitaux, il semblait bien que l'on eût dénaturé quelque peu la nature de l'intérêt légal, qui est d'être un équivalent de la jouissance que le créancier eût retirée de son argent s'il l'avait eu à sa disposition, et non pas une sanction pénale infligée au débiteur pour défaut de payement à l'échéance. Même dans ce dernier cas, lorsqu'il s'agit d'intérêts moratoires, il est de principe que le taux de l'intérêt, en tant qu'intérêt légal, et en dehors de toute preuve spéciale d'un préjudice supérieur, ne doit pas dépasser le chiffre normal des placements courants.

§ II. Tel est le principe lorsqu'il s'agit d'intérêts moratoires et lorsqu'il y a demeure du débiteur; à plus forte raison ce caractère pénal de l'intérêt légal devait-il être écarté, lorsque la fixation de l'intérêt visait, non plus forcément l'hypothèse de la demeure du débiteur, mais les cas dans lesquels la dette pouvait être productive d'intérêts en dehors de toute idée de faute ou de retard du débiteur, sans cependant que le chiffre de l'intérêt ait été fixé d'avance, soit par la loi, soit par les parties. Il est vrai que, pour écarter ce caractère pénal du chiffre adopté, on avait supposé que le créancier, à raison du défaut de payement à l'échéance, dût se procurer lui-même des fonds dans des conditions de délai et de crédit désavantageuses et que, par suite, il ne trouvât à emprunter qu'à 5 p. o/o. Mais on se figure mal que cette hypothèse pût se présenter sans que le créancier se fût trouvé en situation de constituer le débiteur en demeure; et, dans cette hypothèse, l'article 288 du Code civil lui donne le droit, la preuve restant à sa charge, d'obtenir réparation intégrale du préjudice. C'est ce qui aura lieu dans la plupart des cas où la loi fait courir les intérêts de plein droit, par exemple au profit du vendeur, à partir du moment où l'acheteur est entré en jouissance de la chose (art. 452, cf. également art. 256, art. 641 al. 2). Ou la vente était au comptant, et alors l'acheteur peut être constitué en demeure; ou il y avait terme fixé, et le vendeur est censé avoir accepté le taux des placements ordinaires : il ne peut avoir à se plaindre de ne pas toucher un intérêt supérieur; et, si lui-même est obligé d'emprunter, la faute en est, non pas au retard de l'acheteur, mais au crédit qu'il lui a accordé. Il en eût été de même pour le cas où il eût prêté la même somme au taux normal de l'intérêt; faute d'avoir en mains

Art. 247. S'il a été convenu d'un taux supérieur à six pour cent par an, le débiteur peut, lorsqu'il y a six mois écoulés, dénoncer le

---

la somme qu'il eût prêtée, il aurait pu se trouver, à un moment de gêne, obligé d'emprunter à des conditions plus onéreuses.

§ III. Quoi qu'il en soit, ce caractère mixte de l'intérêt légal était difficilement acceptable, en dehors de la demeure proprement dite, au cas où ce serait la convention des parties qui eût rendu la dette productive d'intérêts, sans toutefois en fixer le taux. Peut-être pouvait-il plus facilement se justifier dans les cas où la loi fait courir les intérêts de plein droit. Il s'agit d'une compensation de jouissance à laquelle le débiteur ne peut se refuser sans qu'il y ait enrichissement sans cause : c'est le cas, par exemple, des articles 452 et 641 al. 2. Aussi le chiffre de 5 p. o/o ayant été maintenu dans le second Projet (art. 217 P[1], et art. 210 P[2]), dans la rédaction définitive telle qu'elle avait été présentée au Reichstag, on ne faisait plus allusion au cas où l'intérêt serait dû en vertu de la convention, mais à celui uniquement où il courrait en vertu d'une disposition légale (art. 240 P[4]). Mais la Commission du Reichstag, cédant enfin aux réclamations qui s'étaient produites, a réduit le taux de l'intérêt légal à 4 p. o/o; aussi a-t-elle rétabli le texte, sinon absolument dans ses termes, du moins dans sa formule initiale : il est fait allusion à l'hypothèse où les intérêts courraient, non plus seulement en vertu de la loi, mais en vertu de la convention au moins présumée des parties (*Ber.*, p. 34).

§ IV. Une réduction analogue a été admise pour le taux de l'intérêt légal en matière commerciale : l'article 287 A. C. C[es] le fixait à 6 p. o/o; on l'a réduit à 5 p. o/o (art. 352, C. C[es] all., et *Entw. eines H. G. B.*, p. 91, note 2, et p. 195-196).

Art. 247. Cette sorte de résolution au gré du débiteur avait été admise par la loi du 14 novembre 1867 comme une atténuation à la liberté du taux de l'intérêt qu'elle venait d'introduire (pour la prescription, voir note sur art. 199). Cette liberté du taux de l'intérêt, expressément formulée dans les deux Projets et admise par le texte définitif du Code civil par cela seul qu'il ne déroge pas sur ce point à la liberté des conventions (*Ber.*, p. 35), ne se trouvait restreinte que par l'application des lois sur l'usure, application réservée bien entendu par l'article 247 du Code civil, conformément à la disposition générale de l'article 134. On a donc pensé que, pour atténuer les dangers de la liberté, il importait d'admettre dans le Code civil et, par

remboursement du capital, sous observation d'un délai de dénonciation de six mois. Le droit de dénonciation ne peut être ni supprimé ni restreint par contrat.

Ces règles ne s'appliquent pas aux dettes souscrites au porteur.

Art. 248. Une convention conclue à l'avance, d'après laquelle des intérêts une fois échus devraient à nouveau porter intérêts, est nulle.

Les caisses d'épargne, établissements de crédit et directeurs de

---

suite, d'imposer à tous les États particuliers la restriction introduite par la loi de 1867, si peu usitée qu'elle fût dans la pratique (cf. *Bull.*, 1895, p. 19). Le premier Projet, du reste, avait cru devoir la rejeter. Devant la Commission du Reichstag, on avait même été plus loin encore. Sous le prétexte que l'application des lois usuraires est parfois assez délicate et souvent difficile au point de vue des questions de preuve, on avait proposé de fixer une limite maxima très large à la liberté du taux de l'intérêt, 8 p. o/o. Mais cette limitation fut repoussée par la Commission, à une très forte majorité. De même, avait-on demandé que le droit de résiliation du contrat fût admis dès que l'intérêt conventionnel eût été fixé à 5 p. o/o ; cela paraissait devoir être la conséquence de l'article 246 qui abaissait à 4 p. o/o le taux de l'intérêt légal. Mais ce nouvel amendement fut également rejeté (*Ber.*, p. 35).

Art. 248. L'article 212 P² déclarait que les intérêts ainsi stipulés d'avance pour les intérêts à échoir en ce qui touche les obligations au porteur émises par les établissements de crédit ne pourraient pas dépasser le taux de 6 p. o/o. Cette limitation a paru à la Commission du Reichstag contraire au principe de la liberté de l'intérêt conventionnel; on la supprima. On avait demandé tout au moins que, d'une façon générale, il fût interdit de stipuler, à titre de clause pénale, le versement d'une indemnité en argent pour défaut de payement des intérêts à l'échéance; mais on considéra qu'il suffisait de s'en remettre à l'application à la fois des lois prohibitives de l'usure et de la disposition de l'article 248 qui prohibait l'anatocisme, et que, si une clause pénale de ce genre se présentait dans de telles conditions qu'elle échappât à cette double prohibition, il n'y avait pas de raison pour la déclarer nulle. — Voir à l'article 289 une application du principe de l'article 248, en ce qui touche non plus les intérêts à échoir, mais les intérêts échus.

banques peuvent convenir par avance que les intérêts non touchés des dépôts devraient valoir comme nouveaux dépôts portant eux-mêmes intérêts. Les établissements de crédit qui sont autorisés, pour le montant des prêts fournis par eux, à émettre des dettes souscrites au porteur productives d'intérêts, peuvent se faire promettre par avance pour des prêts de ce genre que les intérêts en retard produiraient eux-mêmes intérêts.

Art. 249. Quiconque est obligé à réparation de dommage doit rétablir l'état de choses qui aurait existé si la circonstance ayant donné

Art. 249. L'article 249 traite de la façon dont doit être exécutée la dette d'indemnité dans tous les cas où elle existe, qu'elle ait pour cause un délit civil ou la violation d'un contrat, peu importe. Dans tous les cas, le principe posé est celui de la réparation en nature, là où elle est possible (art. 251). Les choses devant être remises dans l'état où elles eussent été sans le fait d'où est émané le dommage; il en résulte que la réparation comprendra le gain manqué aussi bien que la perte réalisée, le dommage direct comme le dommage indirect, pourvu que celui-ci soit la conséquence du fait incriminé. Ce lien de causalité entre le dommage pour lequel on demande réparation et le fait qui engage la responsabilité de l'agent a donné lieu aux questions les plus délicates et les plus complexes (sur toute cette théorie de la causalité, voir End., § 129, et von Liszt, *Die Deliktsobligationen im System des B. G. B.*, § 5-II, p. 68 et suiv.). Le Code civil n'a pas cru devoir entrer dans l'analyse de cette réglementation, laquelle est laissée à l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence. Enfin il est à remarquer que, lorsque le dommage porte sur une chose matérielle, on aurait pu soutenir, à la rigueur, que le fait de la réparer n'eût jamais constitué un rétablissement en nature de l'état de fait antérieur, car une chose réparée n'est plus la chose même, telle qu'elle existait dans son état initial. L'article 249 n'accepte pas ce raisonnement littéral et s'en tient à l'identité économique et non à l'identité réelle; la seconde disposition du texte prouve bien, en effet, que l'on admet la réparation en nature, même au cas de détérioration d'un objet matériel. Seulement, il peut arriver fréquemment que la réparation ne se trouve pas équivaloir à la restauration, même au point de vue purement économique, de l'état antérieur, comme par exemple lorsqu'un vêtement a été déchiré et qu'on le répare. Dans ce cas, il y a impossibilité de répa-

lieu à l'obligation de réparation ne fût pas survenue. S'il y a réparation de dommage à fournir pour lésion d'une personne ou endommagement d'une chose, le créancier peut, au lieu du rétablissement en nature, exiger la valeur en argent nécessaire pour le procurer.

Art. 250. Le créancier peut fixer à l'obligé à réparation un délai convenable pour le rétablissement en nature, avec déclaration qu'il

---

ration en nature, et l'article 251 s'applique; seulement il doit appartenir au créancier de préférer la réparation telle quelle de la partie endommagée et de demander indemnité en argent pour la diminution de valeur, sans que le débiteur puisse s'y opposer. Sans doute, l'article 251 substitue la réparation en argent à la réparation en nature, lorsque celle-ci n'est pas possible; mais on peut entendre cette dernière condition d'une impossibilité même partielle, de telle sorte que, si la réparation partielle est encore possible avec supplément en argent, le créancier ait encore le droit d'opter pour ce procédé. En tout cas, même si la réparation complète est possible en nature, l'article 249, dans sa seconde disposition, est le premier à apporter une exception à la règle de la nécessité d'une réparation en nature, en ce qu'il donne le choix au créancier entre cette dernière et la réparation en argent. Il faut, en effet, que le créancier, en pareil cas, ait le droit de faire réparer la chose à son gré et par ses soins, sans avoir à subir la réparation faite par l'obligé. Aussi pourra-t-il exiger l'équivalent en argent, de façon à procéder lui-même comme il l'entendra à la réparation. Et il en sera de même au cas de dommage à la personne; s'il s'agit de blessures ou de maladies à soigner, il faut que l'intéressé puisse se faire soigner à sa guise (Pl., sur § 249; Sal., *Obl.*, n° 13, et *Bull.*, 1895, p. 728 et suiv.; p. 739 et suiv.).

Art. 250. La réparation en nature étant la règle, elle constitue un droit pour le débiteur aussi bien que pour le créancier; celui-ci ne peut donc lui substituer la réparation en argent que dans l'hypothèse de l'article 251 ou dans le cas de la seconde disposition de l'article 249. Et cependant, si le débiteur tarde à accorder cette réparation, il importait que le créancier ne restât pas à sa merci. Sans doute, il aurait eu la ressource de l'article 283; mais elle implique que le créancier ait poursuivi et obtenu un jugement, après quoi il lui est permis de fixer au débiteur un délai comminatoire d'exécution. Il pourrait même demander que ce délai fût fixé dans le jugement

rejette ce rétablissement après expiration du délai. Le délai expiré, le créancier peut exiger la réparation en argent, si le rétablissement n'a pas eu lieu en temps utile; la prétention à rétablissement en nature est désormais exclue.

Art. 251. Dès que le rétablissement en nature n'est pas possible

---

de condamnation (art. 255 C. Pr. all.). Mais encore faut-il un jugement; ce sont là des incertitudes et des lenteurs que l'article 250 a voulu éviter au créancier, en lui permettant de fixer, en dehors de tout jugement, un délai convenable au débiteur pour que celui-ci s'exécutât, de telle sorte que, passé ce délai, il ait droit à la réparation en argent. Le créancier renonce par là et éventuellement à son droit d'exiger la réparation en nature. Par avance, il le rejette et le récuse, pour autant que ce rétablissement en nature devrait se réaliser après expiration du délai; c'est ce qu'indique énergiquement la formule du texte. Le délai passé sans exécution, non seulement le débiteur ne peut plus offrir réparation en nature, mais le créancier ne peut plus la lui imposer. Il y a bien un auteur qui a prétendu que la dernière disposition du texte, en disant que le droit à réparation en nature n'existe plus, avait voulu le dire du débiteur et non du créancier. Mais c'est une interprétation insoutenable. Enfin, on a dû se demander ce qui arriverait si le délai fixé était insuffisant. On aurait pu soutenir que l'application de l'article 250 serait non avenue, puisqu'elle suppose comme condition préalable la fixation d'un délai convenable. Il rentre davantage dans l'esprit de la loi et dans l'intention des parties, conformément aux besoins de la pratique, d'admettre, dès que le créancier a fait son choix, que sa décision reste acquise, mais que le débiteur aura pour s'exécuter un délai plus étendu que celui qui lui avait été fixé et que la transformation de la dette d'indemnité en une dette d'argent n'aura lieu qu'après un délai jugé suffisant, d'après l'appréciation des tribunaux (cf. Cos., I, p. 346, note 25, et Pl., § 250).

Art. 251. Au cas d'impossibilité de réparation matérielle, il y a, comme on l'a déjà vu (note sur art. 249), substitution d'une réparation en argent. Et il en sera de même si la restauration de l'état de choses antérieur ne puisse être faite par le débiteur qu'au prix de sacrifices qui soient hors de proportion avec l'intérêt qui est en jeu. On lui permet de s'acquitter en argent; et d'ailleurs, le créancier lui-même y gagnera une solution plus prompte.

ou qu'il ne suffit pas au dédommagement du créancier, l'obligé à réparation doit dédommager le créancier en argent.

L'obligé à réparation peut dédommager le créancier en argent, lorsque le rétablissement en nature n'est possible qu'au prix de dépenses hors de proportion.

Art. 252. Le dommage à réparer comprend également le gain

Dans tous les cas, l'article 220 P[1] déclarait qu'il y aurait à tenir compte, non seulement de la valeur commerciale de la chose, au cas de perte d'un objet matériel, mais de sa valeur personnelle pour le créancier. Cette disposition a été supprimée comme allant de soi et comme étant implicitement contenue dans le principe des articles 249 et 251, d'après lequel la réparation en argent doit être l'équivalent exact de ce que la réparation en nature aurait dû procurer au créancier. On a fait observer, en outre, avec raison (Achilles, *B. G. B.*, § 251) que le créancier pourrait encore avoir, selon les cas, une action en annulation de la convention, s'il s'agit de dommage causé à l'occasion d'un contrat, s'il y a eu dol ou erreur, par exemple (art. 119 et 124), ou même une action en résiliation, par application des articles 325 et 326; ressources qui seraient précieuses pour le créancier, au cas surtout d'insolvabilité du débiteur.

Art. 252. § I. L'article 252 traite de l'étendue des dommages et des éléments qui doivent servir de mesure au calcul de l'indemnité à fournir. Il va de soi que celle-ci comprend, avant tout, la perte subie, toute la perte, sans distinction ni réserve. L'article 252 a cru inutile de le dire; dans le silence de la loi, la chose allait de soi. Il n'y a même pas à distinguer si le dommage dépasse ou non les prévisions qu'aurait pu avoir à cet égard celui qui en doit réparation. Le premier Projet avait admis une distinction de ce genre (art. 215 P[1]), conforme, ou à peu près, à celle de l'article 1150 C. civ. fr.; au moins l'admettait-on pour le cas où il s'agissait du dommage résultant de l'inexécution d'une obligation, en partant de cette idée que le montant du dommage rentrait, à l'état d'éventualité, parmi les clauses tacites du contrat. Cette disposition fut supprimée par la suite; et devant la Commission du Reichstag on en avait demandé le rétablissement. Mais cet amendement fut repoussé, parce que l'idée qui lui servait de base, celle d'une clause éventuelle tacite, était une pure fiction, vu qu'il s'agissait uniquement d'un risque

manqué. Doit être considéré comme gain manqué celui auquel on pouvait vraisemblablement s'attendre d'après le cours naturel des

---

à courir, risque pour violation d'une obligation, comme il y a un risque à supporter au cas de délit civil. Ce risque doit s'étendre à tout le dommage causé, sans autre référence aux prévisions possibles de celui qui a la charge de le réparer. C'est d'ailleurs la règle admise en matière commerciale et il paraissait impossible d'établir, à ce point de vue, une différence qui serait injustifiable entre les matières civiles et les matières commerciales. Il est vrai que, dans certains cas, on pourra considérer qu'il y aura une faute de la part du créancier à n'avoir pas averti le débiteur des suites de l'inexécution (art. 254 et la note). Mais ce sera le cas exceptionnel (cf. *Ber.*, p. 35).

§ II. Si l'article 252 ne parle pas de la perte subie, la chose allant de soi, il a cru devoir s'exprimer au sujet du gain manqué, non seulement pour éviter toute incertitude à cet égard, mais afin d'indiquer à quelles conditions le juge sera autorisé à en tenir compte. Il va de soi, en effet, que l'existence de la perte subie est susceptible d'une preuve positive; mais le fait dommageable ayant détruit ou empêché de se réaliser l'état de choses qui devait produire le gain actuellement manqué, il est impossible d'établir avec certitude que ce dernier aurait été réalisé. Il fallait donc se contenter ou d'une possibilité ou d'une vraisemblance. L'article 252 exige plus que la possibilité; il veut qu'il y ait vraisemblance que, sans l'événement qui a donné lieu à indemnité, le gain se serait réalisé. Et cette vraisemblance doit se tirer de deux éléments de présomption : le cours habituel des choses, considéré apparemment d'après les habitudes du créancier (cf. Scholl., 36), et les circonstances particulières, telles que préparatifs ou dispositions spéciales, qui peuvent laisser croire que ce dernier aurait tiré de la chose, objet du dommage, tel ou tel parti qui lui eût procuré tel ou tel gain (cf. art. 287 C. Pr. all.).

§ III. Seulement, on a dû se demander à quel moment cette vraisemblance devrait exister pour que le juge fût autorisé à tenir compte du gain manqué; en d'autres termes, comme on ne peut savoir ce que la chose serait devenue dans l'avenir, aux mains du créancier, il y a lieu de se demander à quel moment on devra se placer pour considérer, si les conditions de l'article 252 se trouvent exister, que le créancier eût été en mesure d'en profiter et pour admettre qu'il en eût profité. Peu importe, d'ailleurs, que cette vraisemblance ait pu être prévue ou non par le débiteur : ce n'est pas d'une prévision du dommage qu'il s'agit ici. Il suffira que cette vraisemblance en soi ait existé, et qu'elle ait existé au

choses ou d'après les circonstances particulières en cause, telles spécialement que les préparatifs ou dispositions qui ont été prises.

Art. 253. Pour un dommage qui n'est pas un dommage patri-

---

moment à déterminer juridiquement. Mais quel est ce moment? On a soutenu qu'il fallait forcément que cette présomption de gain existât au moment où le dommage s'est réalisé, puisque c'est celui où le créancier avait ou aurait dû avoir la chose en mains, celui où il aurait pu en disposer et en tirer parti. Et ainsi, pour reprendre un exemple mis en avant (cf. Scholl., 37), si un spéculateur, jouant à la Bourse, achète des titres qui lui soient volés et qu'au moment du vol toutes les vraisemblances soient pour la baisse, alors qu'une hausse imprévue vient à se produire ultérieurement, le juge n'aurait donc pas à tenir compte du gain qui aurait dû être réalisé par la revente des titres, sous prétexte qu'au jour du vol ce gain n'était pas vraisemblable? Rien ne prouve que l'article 252, en disant que «ce gain seulement vaut comme manqué qui d'après les circonstances de l'espèce pouvait être espéré», a entendu se placer au moment où le dommage se produit. Tout au moins pourrait-on dire que le texte se place au moment où il est statué sur le dommage, donc au jour du jugement. Cette interprétation un peu étroite défendue par Planck (p. 22-23) a été vivement critiquée par Schollmeyer (p. 37), qui déclare qu'il y aura lieu de prendre en considération le moment où d'après les prévisions existant au jour du dommage le gain aurait dû se réaliser. Il suffirait donc que la présomption fondée sur les éléments de vraisemblance de l'article 252 pût exister à l'époque ainsi fixée; et de même, pour ce qui est de la mesure présumée et du montant d'évaluation du gain manqué, n'y aurait-il pas à tenir compte des présomptions au jour du dommage, mais de celles résultant de gains analogues réalisés au jour où il est vraisemblable que celui dont le créancier a été privé aurait dû se produire : cette atténuation, d'ailleurs, avait déjà été acceptée par Planck (p. 23).

Art. 253. La règle de l'article 253 réduit considérablement le principe formulé par l'article 241, puisque au cas d'inexécution d'une obligation qui n'ait, en elle-même, aucune valeur pécuniaire, le créancier ne peut demander aucune indemnité en argent. Mais il faut remarquer que cette disposition ne s'applique pas seulement au dommage résultant de l'inexécution d'une obligation, mais à tous les dommages quelconques, quelle qu'en soit la source, même à celui provenant d'un délit civil. Comme on l'a fort bien dit, on a

monial, le dédommagement en argent ne peut être poursuivi que dans les cas fixés par la loi.

Art. 254. Si, lors de la réalisation du dommage, il y a eu, du chef de la partie lésée, une faute qui ait coopéré au dommage, l'existence

---

voulu ne voir dans l'argent que sa fonction d'équivalent, sans admettre, comme l'accepte de plus en plus la jurisprudence française et le droit anglais, qu'il ait une fonction satisfactoire, peut-être moins idéale, mais tout aussi pratique que l'autre. Divers amendements avaient été présentés en vue de permettre la réparation en argent, même au cas de dommage purement immatériel. Au moins le demandait-on pour le cas où il s'agirait de dommage ne résultant pas de l'inexécution d'une obligation. Toutes ces atténuations au principe ont été rejetées. Toutefois, faut-il ajouter deux remarques importantes, qui atténueront quelque peu la rigueur de cette tradition classique. La première est que, si l'on exclut la réparation en argent, on maintient le principe de la réparation en nature, tant qu'elle reste possible; il est vrai que ce pourra être assez rare; mais cela dépendra de l'idée que l'on devra se faire d'un dommage non patrimonial. Et la seconde est que, précisément, à cet égard, il y a tendance à ranger dans la catégorie des facultés de caractère patrimonial tous les faits de jouissance qui, tout en ne correspondant qu'à une satisfaction purement personnelle sans équivalent patrimonial, ont cependant une valeur pécuniaire, puisqu'ils peuvent faire l'objet de transactions en argent. Il en serait ainsi de billets de théâtre et autres valeurs représentant de pures jouissances de satisfaction personnelle (cf. sur tous ces points Pl., sur § 253; Scholl., sur § 253; Endem., I, 476, et la thèse de M. Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, Paris, Rousseau, 1901; cf. Crome, II, § 141).

Art. 254. § I. Le principe de l'article 254 implique que la faute de celui qui a subi le dommage a eu une part d'influence dans la réalisation du préjudice, ce que marquent très expressément les expressions du texte, et ce qu'il faudra appliquer également aux faits qualifiés de faute d'après le second alinéa de l'article 254. On a cru devoir admettre ce caractère fautif pour le cas où le créancier d'indemnité aurait omis de se préserver du dommage, lorsqu'il l'aurait pu. Il aurait pu y avoir doute à cet égard, parce que l'initiative ne vient pas de la victime et qu'on ne peut l'obliger à prendre elle-même des mesures positives contre la faute d'un autre. Mais il serait contraire à la bonne foi de lui

de l'obligation à réparation comme l'étendue de la réparation à fournir dépendent des circonstances, et en particulier du point de

---

permettre de spéculer sur le délit d'autrui pour se ménager un droit à indemnité. Si donc cette omission des mesures de préservation a été cause de la réalisation du dommage ou de son accroissement, il y a une faute à la charge de celui qui l'a subi et dont le juge aura à tenir compte dans l'évaluation de l'indemnité.

§ II. Dans le cas où le préjudice qui résulterait pour le créancier de l'inexécution d'une obligation devrait dépasser de beaucoup les prévisions normales, l'obligation qu'on lui impose d'en prévenir le débiteur, de telle sorte que, s'il ne le fait pas, il y ait faute au sens de l'article 254, est une addition de la Commission du Reichstag, admise comme conséquence de la suppression de la disposition des différents Projets, d'après laquelle on n'aurait dû tenir compte, en matière d'obligations, que des dommages susceptibles d'avoir été prévus par le débiteur (note sur art. 252). Il s'ensuit qu'elle ne s'applique, la chose d'ailleurs allait de soi, que relativement au dommage résultant de l'inexécution d'une obligation; le texte le marque expressément, puisqu'il y est parlé du débiteur et qu'on a entendu par là faire allusion à celui qui est tenu d'une obligation. La faute consiste dans l'omission d'une indication contractuelle. Seulement, il faut observer que, d'après l'article 254, pour qu'il en soit tenu compte dans l'évaluation du dommage, il faut qu'elle ait influé sur la réalisation du dommage lui-même, donc qu'il eût été possible au débiteur, s'il eût été averti de l'intérêt en jeu, de prendre des mesures exceptionnelles en vue d'empêcher le préjudice de se produire. On a donné l'exemple d'une voiture commandée en vue d'un départ par chemin de fer et qui arrive après le passage du train, alors que ce retard cause à celui qui devait le prendre un dommage qui fût en dehors de toute prévision, et sans que le conducteur en eût été prévenu. Mais on voit combien cette disposition diffère du système admis dans les premiers Projets, conformément à l'article 1150 du Code civil français (note sur art. 252). Car on ne se contente pas d'une impossibilité de prévision de la part du débiteur, il faut qu'il y ait défaut d'avertissement du créancier, que cette omission constitue une faute de sa part, et que cette faute ait constitué un dommage, en ce sens que, s'il eût été averti, le débiteur aurait pu éviter le préjudice (Scholl., 44). Et de même on voit l'intérêt qu'il y aura à ce point de vue à distinguer si la faute vient ou non de l'inexécution de l'obligation et, par suite, à distinguer ce que la doctrine française désigne

savoir dans quelle mesure le dommage aura été causé d'une façon prépondérante par l'une ou par l'autre des deux parties.

Il en sera de même également lorsque la faute de la partie lésée se sera restreinte au fait d'avoir omis d'attirer l'attention du débiteur sur le danger d'un dommage extraordinairement élevé, danger que le débiteur ne connaissait pas et n'aurait pas dû nécessairement connaître, ou d'avoir omis d'écarter le danger ou de le diminuer. La disposition de l'article 278 reçoit application correspondante.

Art. 255. Quiconque doit fournir réparation de dommage pour

---

sous le nom de faute contractuelle ou de faute délictuelle. Et l'exemple important à signaler est celui des compagnies de transport, pour le cas de perte de colis, alors que les objets qu'ils contenaient dépassaient en valeur toutes les prévisions. Même si l'on voulait y voir une faute contractuelle, il serait pratiquement impossible d'admettre que l'avertissement du créancier ait pu influer sur le fonctionnement du transport; de sorte que la faute consistera plutôt ici à avoir enfermé dans de simples colis sans déclaration spéciale des objets soumis normalement à un tarif ou à des conditions différentes de transport.

Art. 255. Pour comprendre l'hypothèse que l'on a en vue, il faut supposer un individu obligé, par exemple, à la restitution d'une chose envers son propriétaire, soit sur le fondement d'une action réelle, soit en vertu d'une action personnelle. Ce serait le cas du possesseur qui doit restitution ou de celui qui a loué la chose ou qui l'a empruntée. La restitution peut devenir impossible par le fait de celui qui la doit sans cependant qu'il y ait perte de la chose, puisqu'il suffit, pour donner ouverture à l'action en dommages-intérêts, d'une impossibilité purement subjective, ou personnelle au débiteur (art. 280). Dans ce cas, la propriété de la chose reste à celui à qui l'indemnité est due, de sorte que l'évaluation du dommage devrait se faire sous déduction de la valeur de l'action réelle qui reste au propriétaire, appréciée d'après les chances qu'il peut avoir de rentrer en possession de la chose. Ce sont là des difficultés d'appréciation que l'article 255 a voulu éviter, en décidant que l'auteur du dommage resterait débiteur de toute la valeur de la chose, pour son intégralité, mais qu'il aurait droit d'exiger cession des actions qui sub-

la perte d'une chose ou d'un droit n'est obligé à réparation que moyennant cession des prétentions qui peuvent appartenir à l'ayant droit à réparation à l'encontre des tiers sur le fondement de sa propriété sur la chose ou sur le fondement du droit en cause.

Art. 256. Quiconque est obligé à réparation pour dépenses doit fournir intérêts pour le montant de ce qui a été dépensé, ou, si la dépense a consisté en objets autres que de l'argent, pour le montant de ce qui est à payer comme équivalent de valeur des objets fournis, et cela à partir du moment de la dépense effectuée. S'il s'agit des dépenses faites à propos d'un objet dont il doit être fait déli-

---

sistent au profit du propriétaire. On avait d'abord admis que cette cession aurait lieu de plein droit, par l'effet de la loi. On est revenu sur ce système (cf. *Bull.*, 1895, p. 745). Enfin l'article 255 porte que la même disposition s'appliquerait au cas de perte d'un droit; ce qui implique une hypothèse un peu plus rare à imaginer. Planck (II, 28) a proposé l'exemple suivant : celui d'un possesseur qui doive restituer une chose à celui qui en a l'usufruit et qui en soit empêché par suite d'une impossibilité purement subjective, laissant subsister le droit de l'usufruitier; il pourra exiger cession du droit d'usufruit sur la chose elle-même.

Art. 256. Cette disposition est due à la Commission du Reichstag. On a voulu poser un principe général visant de nombreux cas particuliers pour lesquels les Projets antérieurs n'avaient réglé la question que sous la forme d'une solution isolée, applicable seulement à l'espèce qu'elle avait en vue. Cette règle repose sur cette idée que celui qui doit indemnité pour dépenses faites au sujet d'une chose dont la restitution lui est due aura droit aux fruits et revenus de la chose et par suite aux accroissements de revenus provenant des améliorations dues aux dépenses qui ont été faites; il est donc de toute justice qu'il doive les intérêts des dépenses. Mais dans le cas, au contraire, où celui qui doit opérer la restitution et à qui doit revenir l'indemnité avait dû jouir des fruits et revenus, le remboursement des dépenses qu'il aurait faites ne comprendrait plus les intérêts qui peuvent y correspondre : ce sont ces deux séries d'hypothèses qu'a visées l'article 256. Comme exemples d'application, voir art. 304, 526, § 2; 560, 995, 1390, etc.

vrance à l'obligé à réparation, il n'y a pas à tenir compte des intérêts correspondant au temps pour lequel l'ayant droit à réparation a touché les profits ou les fruits de l'objet sans rémunération fournie en échange.

Art. 257. Quiconque a droit d'exiger réparation pour dépenses

---

Art. 257. § I. Dans les deux Projets, cette disposition, au lieu d'être énoncée sous forme de règle générale à propos de l'indemnité, se trouvait formulée à l'occasion de différentes applications particulières, comme au cas de mandat (art. 601 al. 2, P²; cf. *Pr.*, II, p. 365 et suiv.), au cas d'administration par le mari des biens de la femme (art. 1289 al. 1er, P²), et autres analogues. Dans la rédaction définitive présentée au Reichstag, on avait trouvé plus rationnel d'en faire un principe général, formulé à propos de l'obligation d'indemnité (art. 250 P²); ce qui permit de supprimer les dispositions qui en reproduisaient les termes à propos des différentes applications particulières. C'est ainsi que, dans le Code civil, les articles correspondant à ceux qui viennent d'être cités, par exemple au cas de mandat (art. 670), au cas d'administration du mari (art. 1390), etc., ne contiennent plus aucune allusion à cet égard. Il importe de remarquer la formule générale de l'article 257, qui parle d'engagement auquel on se trouve soumis, et non d'engagement contracté, afin de faire allusion aux diverses sources d'obligations et non seulement aux contrats.

§ II. La question de prestation de sûreté avait été surtout discutée à propos du mandat, sur l'article 595 al. 3, P¹ (cf. *Pr.*, II, p. 366). Le premier Projet donnait, en effet, au mandant, obligé en principe à libérer le mandataire des obligations que ce dernier eût contratées dans l'exécution du mandat, la faculté de lui fournir, au lieu de cette libération, une sûreté suffisante en vue du recours qui dût appartenir contre lui au mandataire une fois ces obligations payées, et cela sans distinction ni réserve. Mais on fit remarquer que cette faculté ne se justifiait que pour les dettes non échues, puisque sans cela le mandant eût été obligé de les payer prématurément, alors que pour les autres il était inacceptable que, au moyen d'une prestation de sûreté, il se dispensât de les payer et laissât le mandataire en faire l'avance personnellement. C'est cette distinction que reproduit et que généralise l'article 257 (cf. note sur art. 975).

faites dans un but déterminé peut, si dans le même but il se rend débiteur d'un engagement, exiger libération de cet engagement. Si l'engagement n'est pas encore échu, celui qui doit la réparation peut, à l'égard de l'ayant droit, au lieu de sa libération, lui fournir une sûreté.

Art. 258. Quiconque, s'agissant d'une chose dont il devra faire délivrance à un autre, a droit d'enlever une installation matérielle, doit, s'il procède à l'enlèvement, rétablir à ses frais la chose dans son état antérieur. Si l'autre acquiert possession de la chose, il est obligé de permettre l'enlèvement de l'installation; il peut refuser cette permission jusqu'à ce qu'une sûreté lui ait été fournie pour le dommage devant résulter de l'enlèvement.

Art. 259. Quiconque, à raison d'une administration impliquant

---

Art. 258. Même observation que celle présentée à propos de l'article précédent (voir note sur article 257). De là, par conséquent, la suppression d'une disposition analogue à propos de certaines applications particulières, telles, par exemple, que celles des articles 500, 547 al. 2; 601 al. 2; 997, 1049, etc.

Art. 259. § I. Il ne s'agit plus ici, et de même dans les dispositions qui vont suivre, de dette d'indemnité, mais d'obligations spéciales auxquelles le Projet avait consacré un titre distinct à la suite des contrats particuliers (P^2, art. 695 et suiv.; pour la disposition correspondant à celle de l'article 259, art. 698 P^2). Il a paru plus rationnel de les classer parmi les règles générales sur le contenu de l'obligation. Il s'agit ici de l'obligation de rendre compte. Le premier Projet (art. 591) s'en était occupé à propos du mandat; le second l'avait rangée, avec quelques autres obligations spéciales, dans un titre particulier auquel il vient d'être fait allusion. C'est le second Projet qui avait introduit ici, sous les conditions acceptées et maintenues par l'article 259, le serment déclaratoire, ou serment de manifestation, rejeté en pareil cas par le premier Projet. On avait même proposé de l'étendre à d'autres hypothèses, par exemple, aux indications relatives aux dépenses, ce qui ne fut pas admis.

§ II. Ce que l'on a voulu surtout, s'agissant d'éléments de compte que l'inté-

recettes et déboursés, est obligé de rendre compte, doit communiquer à l'ayant droit un état de compte comprenant le relevé méthodique des recettes ou des déboursés et lui présenter les pièces à l'appui, dans la mesure où il est d'usage que des pièces soient fournies.

S'il y a quelque raison de croire que les indications contenues dans l'état de compte relativement aux recettes n'aient pas été tenues à jour avec tout le soin requis, l'obligé devra, sur demande de l'ayant droit, fournir prestation du serment déclaratoire portant :

> Qu'autant qu'il a pu en avoir connaissance, il a indiqué le montant des recettes aussi complètement qu'il était en état de le faire.

Dans les affaires de faible importance, il n'y a plus obligation de fournir prestation du serment déclaratoire.

Art. 260. Quiconque est obligé de faire délivrance d'un ensemble

---

ressé pouvait difficilement être à même de vérifier, c'est obliger celui à qui cette reddition de compte est imposée à apporter plus de soins, d'exactitude et de diligence à la fois, dans sa gestion et dans l'établissement du compte définitif, en vue précisément du serment qu'il pourra avoir à prêter. Aussi n'y avait-il guère à craindre qu'il oubliât de noter des dépenses; de là la restriction aux recettes en ce qui touche l'admissibilité du serment (cf. *Denk.*, p. 45).

§ III. La plupart du temps, du reste, l'action en reddition de compte sera le prélude d'une action en restitution patrimoniale, et cette seconde action pourra être liée à la première. Aussi pouvait-on se demander si, dans ce dernier cas, les conclusions relatives à cette seconde action devraient être prises en même temps que celles relatives à la poursuite en reddition de compte, ou si l'on pourrait en différer le dépôt jusqu'au moment où la première action se trouverait liquidée. C'est cette faculté qu'admet le Code de procédure (art. 254).

Art. 260. Cette disposition de l'article 260 devra s'appliquer, non seulement lorsqu'il s'agira d'universalités formant un tout unifié sous un même nom générique, telles qu'un troupeau, une bibliothèque, mais toutes les fois

d'objets ou de fournir des renseignements sur le montant d'un tel ensemble doit présenter à l'ayant droit un état descriptif du montant.

S'il y a quelque raison de croire que cet état descriptif n'a pas été dressé avec tout le soin requis, l'obligé devra, sur la demande de l'ayant droit, fournir prestation du serment déclaratoire portant :

> Qu'autant qu'il pût en avoir connaissance, il a indiqué ce montant aussi complètement qu'il a été en état de le faire.

La disposition de l'article 259 al. 3 reçoit application.

Art. 261. Le serment déclaratoire, en tant qu'il ne doit pas être presté devant la juridiction saisie d'un procès, devra être presté devant le tribunal de bailliage du lieu auquel devait s'exécuter l'obligation de rendre compte ou celle de présenter un état descriptif. Si l'obligé a son domicile ou sa résidence à l'intérieur de l'Empire, il peut prester le serment devant le tribunal de bailliage de son domicile ou du lieu de sa résidence.

Le tribunal peut ordonner une modification de la formule de serment appropriée aux circonstances.

---

que l'on se trouvera en présence de masses plus ou moins complexes dont l'ayant droit ne puisse pas connaître la consistance à quelques objets près : ce sera le cas dans la plupart des hypothèses d'administration pour autrui (cf. *Denk.*, p. 46).

Art. 261. Il s'agit ici, pour celui qui exige le serment, d'une faculté de droit privé n'ayant rien de contentieux : cela fait partie de l'obligation de celui qui a un compte ou un état à fournir. Il ne s'agissait donc pas ici de juridiction contentieuse. Le serment n'aura à être prêté devant les tribunaux judiciaires que s'il intervient à propos d'un procès déjà pendant; sinon il sera fourni — et ce sera la règle de principe et le droit commun — devant les magistrats de caractère administratif, chargés de la juridiction gracieuse (*Denk.*, p. 46; cf. d'ailleurs art. 889 C. pr. al., et *Freiw. Ger. Ges.* § 163).

Les frais de réception du serment sont supportés par celui qui en exige la prestation.

Art. 262. Lorsque plusieurs prestations sont dues de telle manière que l'une ou l'autre seulement doive être effectuée, le droit d'option, dans le doute, appartient au débiteur.

Art. 263. Le choix se réalise par déclaration envers l'autre partie.

Art. 262. Les solutions admises en matière d'obligation alternative impliquent que l'on a admis la théorie, désormais plus ou moins universellement acceptée, d'après laquelle les deux objets sont déjà considérés comme dus, bien que l'un des deux seulement doive être livré (cf. Sal., *Obl.*, p. 8 note 5). Quant à l'attribution du choix au débiteur, ce n'est qu'une règle interprétative de volonté, toujours susceptible de preuve contraire.

Art. 263. Contrairement à la théorie du droit commun, qui exigeait, pour qu'il y eût concentration de l'obligation sur l'un des objets dus, qu'il y ait eu livraison définitivement effectuée (c'est ainsi qu'il faut, en effet, rectifier certaines expressions un peu inexactes de Sal., *Obl.*, n° 9, p. 9), l'article 263 admet, conformément à l'opinion de Ihering, que ce résultat se réalisera par le seul fait du choix opéré par celui à qui il appartient et déclaré à l'autre intéressé (sur la controverse théorique et les références, voir Wind., II, § 255, note 9). Cette déclaration, d'ailleurs, pourra être expresse ou tacite, conformément au droit commun, et deviendra irrévocable sous les conditions des articles 130 et 131; aussi était-il inutile de parler à nouveau, comme le faisait l'article 209 P[1], de cette irrévocabilité. Quant à la disposition de l'article 208 al. 2 P[2], d'après laquelle la prestation partielle de l'un des objets dus, lorsque le choix appartenait au débiteur ou l'acceptation partielle de la part du créancier, lorsque le choix était à celui-ci, valait réalisation et irrévocabilité du choix, on l'a retranchée comme inutile, puisqu'il suffit de considérer qu'un acte de ce genre vaut déclaration tacite, et même comme dangereuse, puisqu'elle semblait dire qu'un fait de ce genre était toujours en lui-même assimilé au choix de l'intéressé, même dans les cas où celui-ci eût ignoré que le choix lui appartînt. Et cependant, s'il s'agit là d'une déclaration d'option, il faut que cette option soit volontaire et consciente.

La prestation choisie est considérée comme ayant été seule due dès l'origine.

Art. 264. Si le débiteur, lorqu'il a le droit d'option, ne procède pas au choix avant le commencement de la procédure d'exécution forcée, le créancier peut, à son choix, faire porter l'exécution forcée sur l'une ou l'autre des prestations; toutefois, aussi longtemps que le créancier n'a pas reçu en tout ou en partie la prestation

---

Art. 264. § I. Il allait de soi que les lenteurs de celui à qui le choix appartient ne pouvaient se perpétuer indéfiniment et qu'il devait arriver un moment où cette faculté lui serait enlevée pour passer à l'autre partie. L'article 264 indique à quelles conditions cette substitution s'opérera. Lorsque le choix est au débiteur, il ne suffira pas qu'il soit en demeure, ni même qu'il soit condamné à s'exécuter; car le jugement ne déterminera pas l'objet qu'il devra fournir, mais portera qu'il devra fournir à son choix tel ou tel objet. Seulement, le créancier a désormais un titre exécutoire qui lui permet de procéder par voie d'exécution forcée; et, dès lors, cette exécution forcée peut porter, au choix du créancier, sur l'un ou l'autre objet. Le choix est, au moins partiellement, enlevé au débiteur; mais il ne lui est enlevé que lorsque la la procédure d'exécution est commencée. Et encore, même à ce moment, le débiteur, tant que l'objet sur lequel a porté le choix du créancier saisissant n'a pas été délivré à ce dernier, en tout ou en partie, peut fournir l'une des prestations à son gré; la seule différence apportée par l'article 264 au droit commun de l'article 263 consiste en ce que, par le seul fait qu'il est procédé à la saisie du chef du créancier, le débiteur ne pourrait plus, par le seul fait d'une déclaration d'option, opérer concentration de l'obligation sur l'un des objets à son gré; mais il pourrait encore réaliser cette concentration par une livraison effective, et cela tant que le créancier n'est pas mis en possession de l'objet saisi. Cette livraison suppose un payement régulier de la part du débiteur, valable par conséquent indépendamment de toute acceptation du créancier.

§ II. Lorsque le choix appartenait au créancier, pour qu'il passe au débiteur, il faut avant tout qu'il y ait demeure du créancier. Le débiteur doit lui avoir signifié un délai convenable pour exercer son droit d'option. Planck (II, 36) considère que la fixation du délai suppose la demeure déjà acquise. Cosack

choisie, le débiteur peut se libérer de son engagement en fournissant l'unedes autres prestations.

Si le créancier, lorsqu'il a le droit d'option, est en demeure, le débiteur peut, sous condition de lui fixer un délai convenable, l'inviter à procéder au choix. A l'expiration du délai, si le créancier n'a pas procédé au choix en temps utile, le droit d'option passe au débiteur.

Art. 265. Si l'une des prestations dès l'origine se trouve im-

---

(I, 292) et Schollmeyer (67-68) croient plus pratique, et avec raison, d'autoriser le débiteur à fixer le délai en même temps qu'il procède aux offres réelles, si ce n'est que le délai sera sans objet si le créancier accepte l'offre (cf. Crome, § 153, note 36); c'est donc une fixation éventuelle pour le cas de demeure à intervenir. Enfin il faut que le créancier n'ait pas opté dans le délai imparti.

Art. 265. § I. L'article 265 décrit les résultats de l'impossibilité initiale ou postérieure, relativement à l'une des prestations dues; et il admet sous ce rapport les solutions généralement acceptées par le droit commun, celles tout au moins consacrées par le Code civil français. En ce qui touche l'impossibilité initiale, il eût semblé cependant que, le contrat étant nul pour partie, d'après l'article 306, la nullité aurait dû s'étendre à l'ensemble du contrat, sauf la preuve contraire réservée par l'article 139. C'est la présomption inverse qu'accepte l'article 265; si l'un des objets dus se trouvait impossible dès le début, le choix se concentre sur les autres, donc le contrat reste valable pour ce qui est de l'autre ou des autres objets constituant l'alternative. Mais, là encore, il ne s'agit que d'une règle dispositive, à l'encontre de laquelle une clause contraire reste admissible.

§ II. Si l'impossibilité se produit après coup et que le choix appartienne au débiteur, ce choix se concentre sur les autres objets compris dans l'alternative, soit que l'impossibilité lui soit imputable, soit qu'elle ne le soit à aucune des deux parties et résulte d'un cas fortuit (cf. art. 1193 C. civ. fr.). Seulement, l'article 265 ne dit plus, comme lorsqu'il s'agit d'une déclaration régulière d'option (art. 263), que la concentration soit ici rétroactive. Il ne faut donc pas dire que l'obligation doit être considérée comme n'ayant porté dès le début que sur l'objet qui subsiste. Lorsque la chose avait péri

possible ou qu'elle le devienne ultérieurement, le rapport d'obligation se concentre sur les autres prestations. Cette concentration

---

par la faute du débiteur, cette observation présente une réelle importance, pour le cas où la chose qui reste disponible viendrait à périr par la suite, de telle sorte que le débiteur ne puisse désormais plus rien fournir. Si cette perte a lieu encore par sa faute, il doit les dommages-intérêts pour la chose qui a péri la dernière, puisqu'il la devait; mais, si la perte a eu lieu par cas fortuit, il est responsable vis-à-vis du créancier du fait qui a empêché son obligation de se concentrer sur l'autre objet, celui dont la livraison avait été rendue impossible antérieurement par sa faute : il a commis en cela un délit civil, dont il doit réparation; il aura donc à payer indemnité, non plus pour la chose qui a péri la seconde, mais pour celle qui avait péri la première (cf. Scholl., 69).

§ III. Si, dans les mêmes conditions, la chose avait péri par la faute du créancier, il résulte de l'article 265 que le débiteur n'a pas perdu la faculté qui lui appartenait d'exercer son choix, de telle sorte qu'il pourrait encore opter pour la chose qui a péri; et cette fois, ce choix étant rétroactif d'après l'article 263, la chose sera censée avoir été dès le début le seul objet de l'obligation. Cet objet ayant péri sans la faute du débiteur, celui-ci se trouverait donc libéré d'après l'article 275. Mais il peut également faire porter son choix sur la chose qui subsiste; et, dans ce cas, il exigera indemnité du créancier pour l'objet détruit par la faute de ce dernier.

§ IV. Si le choix avait appartenu au créancier et que l'un des objets périsse par sa faute ou par cas fortuit, là encore il y a concentration de l'obligation sur la chose qui subsiste, de telle sorte que, si le dernier objet subsistant vient à périr ensuite par cas fortuit, le débiteur soit libéré, ou qu'il en doive indemnité si cette perte lui était imputable. On peut se demander toutefois si lui-même ne peut pas se plaindre de ce que, l'autre objet ayant péri par la faute du créancier, son obligation ne puisse plus se concentrer sur la chose qui a péri la première, à supposer qu'il ait eu avantage à fournir cette chose plutôt que l'équivalent pécuniaire de celle détruite en second lieu par son propre fait. Mais comme, d'autre part, il y a une faute qui lui est imputable, on peut admettre qu'il y aura lieu à l'application de l'article 254 (cf. également art. 846).

§ V. Mais il peut se faire aussi que la perte initiale soit le fait du débiteur, bien que le choix dans l'hypothèse ne lui appartienne pas : c'est le cas prévu

n'a pas lieu lorsque la prestation devient impossible par suite d'une circonstance dont ait à répondre la partie qui n'a pas le droit d'option.

Art. 266. Le débiteur n'a pas le droit de faire des prestations partielles.

Art. 267. Lorsque le débiteur n'a pas à faire la prestation en personne, un tiers peut également effectuer la prestation. L'autorisation du débiteur n'est pas exigée.

Le créancier peut rejeter la prestation si le débiteur fait opposition.

---

par l'article 1194 C. civ. fr. La concentration ne s'opère plus; le créancier garde le choix, il peut donc opter pour la chose qui a péri, laquelle sera censée avoir été seule l'objet de l'obligation dès le début; et comme la prestation en est rendue impossible par la faute de celui qui la devait, le débiteur devra indemnité pour inexécution, d'après les règles des articles 280 et suivants.

Art. 266. Cf. *Bull.*, 1895, p. 750, et *infra*, note sur l'article 294 et sur l'article 367.

Art. 267. § I. D'après l'article 267, un tiers peut toujours payer aux lieu et place du débiteur, si la prestation de l'obligation n'a pas, d'après les clauses expresses ou tacites du contrat, un caractère personnel au débiteur, en ce qu'il soit convenu ou sous-entendu que celui-ci doive l'exécuter en personne. Si donc le créancier accepte l'exécution faite par un tiers, le payement sera valable, même si le débiteur s'y opposait; et, si le créancier refuse, il y aura en principe demeure faute d'acceptation, et le débiteur pourra s'en prévaloir. Mais le débiteur peut renoncer aux effets de la demeure, et, s'il fait opposition, le refus d'acceptation du créancier ne constituera plus ce dernier en demeure.

§ II. C'est tout ce que veut dire le dernier alinéa de l'article 267; car si le créancier, au lieu de refuser, acceptait l'exécution offerte par le tiers, celle-ci équivaudrait à payement, en dépit de l'opposition du débiteur. Seulement, ce que l'article 267 permet au tiers, indépendamment du débiteur, c'est de payer par voie d'exécution effective, et non d'opposer la compensation (art. 387 et suiv.) ou d'opérer la consignation (art. 372 et suiv.).

Art. 268. Si le créancier poursuit l'exécution forcée sur un objet appartenant au débiteur, quiconque court le danger, comme

---

Art. 268. § I. L'article 268 contient une extension du droit conféré par l'article 267; elle s'applique à certains cas particuliers et au profit de certains tiers spécialement déterminés. Il y a cette différence avec l'article 267 que celui-ci permettait à un tiers de payer aux lieu et place du débiteur et n'admettait cette faculté que dans l'intérêt du débiteur, et aussi un peu dans celui du créancier, tandis que l'article 268 en complétant cette faculté au profit de certains tiers a surtout en vue l'intérêt du tiers lui-même. Aussi on ne dit plus que ce tiers peut payer, mais qu'il y est autorisé, qu'il en a le droit, ce qui, dans la terminologie du Code civil, signifie qu'il a à cela un droit propre. Et l'on verra, en outre, qu'on lui confère, non seulement le droit de payer, mais, pour reprendre les expressions du texte, de désintéresser le créancier, c'est-à-dire de bénéficier de tous les modes de libération admis comme équivalents du payement, et entre autres de la consignation et de la compensation (cf. Scholl., sur § 268).

§ II. Les conditions d'application du droit visé par l'article 268 sont l'exercice d'une mesure d'exécution forcée, telle que la saisie ou la vente par exécution forcée relativement à un objet appartenant au débiteur; dans certains cas particuliers, on se montre moins rigoureux, et l'on ne va pas jusqu'à exiger la saisie (art. 1150 et 1249). De droit commun, pour l'application de l'article 268, il faut exécution forcée.

§ III. Les tiers à qui appartient le droit spécifié par l'article 268 sont ceux qui, par la saisie ou la vente sur exécution forcée, opérée sur un bien du débiteur, sont menacés de perdre un droit leur appartenant sur le bien saisi. On en verra des exemples aux articles 1242, 1257, 1273 et aux articles 804 et 805 C. Pr. all. On peut citer également le cas d'un acquéreur d'immeuble à l'égard duquel l'acquisition même inscrite se trouverait entachée d'un vice non révélé par l'inscription, par exemple parce qu'il aurait connu l'irrégularité de l'aliénation ou les restrictions frappant le droit qui lui était transmis. S'il y a saisie et vente forcée de l'immeuble, à l'égard du nouvel acquéreur, le droit vaudra tel qu'il était inscrit, sans que les intéressés puissent faire valoir désormais les restrictions portant sur le droit aliéné. Les ayants droit ont donc intérêt à désintéresser le créancier saisissant, afin de conserver la faculté de faire valoir leurs droits contre l'acquéreur initial (art. 892). Il faut ranger dans la même catégorie celui qui, par suite d'une procédure d'exécution

conséquence de l'exécution forcée, de perdre un droit existant à son profit sur cet objet, a le droit de désintéresser ce créancier. Le même droit appartient au possesseur d'une chose, lorsque, par suite de l'exécution forcée, il court le danger de perdre la possession.

Le désintéressement peut aussi être procuré par voie de consignation ou de compensation.

Dans la mesure où le tiers désintéresse le créancier, la

---

forcée, serait exposé à perdre un droit assuré par une prénotation sur un immeuble (art. 883 et suiv.). Enfin l'article 268 accorde les mêmes droits au possesseur qui, par suite d'une procédure d'exécution forcée, risque de perdre la possession; et il en est ainsi qu'il s'agisse de possession médiate ou immédiate (art. 868). On peut supposer, par exemple, un fermier ou locataire qui, par suite d'une vente forcée relativement à l'immeuble donné à bail, pourrait se trouver dans des conditions telles qu'il fût menacé de perdre sa possession. D'une façon générale, on peut songer aussi au possesseur d'un objet mobilier qui n'en a pas acquis la propriété, alors qu'une saisie est opérée sur la chose dont il est en possession. L'acquéreur sur saisie en deviendrait propriétaire incommutable aux conditions des articles 933 et suivants.

§ IV. L'étendue du droit conféré au tiers consiste à lui permettre de désintéresser le créancier, même par d'autres moyens que l'exécution effective sous forme de payement, et sans que le débiteur puisse s'opposer à la mise en demeure du créancier en s'opposant au payement, comme il peut le faire d'après l'article 267. On lui permet donc d'user de la consignation, sous les conditions sous lesquelles elle peut devenir libératoire (art. 378) et de même d'opposer la compensation, lorsqu'il s'agit, bien entendu, non pas d'une créance du débiteur, mais d'une créance appartenant au tiers à l'égard du créancier; et l'on sait que ces procédés de libération ne seraient pas permis au tiers d'après le droit commun de l'article 267.

§ V. L'effet de la libération est de subroger le tiers qui a payé dans les droits du créancier contre le débiteur, y compris les garanties de son droit, gages, hypothèques et cautions. C'est une sorte de cession légale. Cette subrogation se produit dans la mesure dans laquelle le tiers a désintéressé le créancier. Et d'ailleurs, au cas de subrogation partielle, l'article 268 consacre la règle d'après laquelle cette cession légale ne doit pas pouvoir nuire au créancier (cf. art. 774).

créance passe au tiers. Le transport de la créance ne peut être invoqué au préjudice du créancier.

Art. 269. Si, pour l'exécution de la prestation, il n'y a ni lieu qui ait été fixé, ni lieu qui ressorte des circonstances, et en parti-

---

Art. 269. § I. Le lieu où la dette doit être payée n'est fixé par la loi qu'à titre subsidiaire, pour le cas où l'intention des parties ne ressortirait pas de l'interprétation du contrat, ou de l'interprétation de la loi, s'il s'agit d'obligation légale. C'est ainsi que dans tous les cas de dette d'indemnité, lorsqu'il s'agit de réparation en nature et que la remise en état ne puisse se faire que sur place, l'indication du lieu d'exécution ressort de la nature même de la dette. De même en serait-il de l'hypothèse prévue par l'article 324 de l'ancien Code de commerce, lorsqu'il s'agit de choses qui au moment du contrat se trouvent situées ailleurs qu'au domicile des contractants, hypothèse supprimée dans le texte actuel, parce que la solution allait de soi, en tant qu'interprétation du contrat.

§ II. La désignation légale, pour le cas où tout autre élément de présomption vienne à manquer, est faite en faveur du domicile du débiteur, et il s'agit du domicile au jour du contrat ou de la naissance de la dette: on adopte le principe que la dette est quérable, conformément d'ailleurs aux articles 324 et 325 de l'ancien Code de commerce, qui n'ont pas été reproduits dans le nouveau. Ils étaient devenus inutiles. Si le débiteur a plusieurs domiciles (art. 7), il est censé avoir le droit de choisir celui où il veut payer; s'il n'en a aucun, on tiendra compte de sa résidence,

§ III. Au cas de dettes se rattachant à l'exercice d'une industrie, on substitue au domicile le lieu où le débiteur avait son établissement industriel; et, en parlant au passé, on fait ainsi allusion à l'établissement existant au moment où la dette a pris naissance.

§ IV. Mais il importe de ne pas confondre le lieu de destination, ni même le lieu de livraison, avec le lieu d'exécution. Il est possible qu'il ait été convenu que le débiteur expédierait la chose au destinataire, ou même qu'il la remettrait en sa possession, sans qu'il ait entendu par là faire rentrer la charge du transport dans l'exécution de son obligation initiale. L'article 269, conformément à l'article 365 de l'ancien Code de commerce, désormais devenu inutile, a même voulu prémunir contre la présomption que l'on aurait pu être tenté de tirer d'une convention mettant les frais de transport

culier de la nature du rapport d'obligation, la prestation doit être faite au lieu où le débiteur avait son domicile au moment de la naissance du rapport d'obligation.

Si l'engagement est né de l'exercice d'une exploitation industrielle appartenant au débiteur, et que ce dernier ait eu son établissement industriel dans un autre lieu que son domicile, le lieu de cet établissement est substitué au domicile.

De la seule circonstance que le débiteur ait pris à sa charge les frais d'expédition, il n'y a pas à conclure que le lieu de destination désigné pour l'expédition doive être le lieu de la prestation.

Art. 270. Lorsqu'il s'agit d'argent, le débiteur doit, au cas

---

à la charge du débiteur en faveur d'une modification du lieu d'exécution; aussi déclare-t-il que cette convention ne suffit pas à elle seule à indiquer que la dette doive être livrée chez le créancier. Cette convention accessoire peut avoir cependant une certaine influence à d'autres point de vue, au point de vue des risques par exemple (cf. art. 447 et note sur art. 243).

Art. 270. § I. Lorsqu'il s'agit de dettes d'argent, le premier Projet (art. 230 P[1]) admettait une exception véritable à la règle qui est devenue la disposition de l'article 269 et décidait que le lieu d'exécution serait le domicile du créancier; la dette était déclarée portable. Le nouvel article 270 est loin d'être aussi explicite; il dit même formellement, dans son alinéa final, qu'en principe, même pour les dettes d'argent, il n'est pas dérogé aux dispositions relatives au lieu d'exécution; on maintient le droit commun. Il faudrait donc appliquer la règle de l'article 269 même aux dettes d'argent, s'il s'agissait par exemple d'une question de conflit de lois et qu'il y eût à déterminer d'après le lieu d'exécution la loi applicable, ou encore en ce qui concerne la détermination du tribunal compétent, conformément à l'article 29 C. Pr. all. Seulement, ces questions à part, il est dit qu'en ce qui touche le fait matériel du payement le débiteur doit, au cas de doute, faire parvenir la somme ou les espèces au domicile du créancier, à ses frais et à ses risques. C'est une charge supplémentaire qui, à défaut d'interprétation contraire, rentre dans le contenu de son obligation. Et cette interprétation contraire se présentera principalement en ce qui touche les payements à faire par les

de doute, à ses risques et à ses frais, le faire parvenir au créancier à son domicile.

Si la créance est née de l'exercice d'une exploitation industrielle appartenant au créancier et que ce dernier ait son établissement industriel dans un autre lieu que son domicile, le lieu de cet établissement est substitué au domicile.

Lorsque, par suite d'un changement de domicile ou d'établissement industriel de la part du créancier survenu après la naissance du rapport d'obligation, il y a augmentation des frais ou des risques d'envoi, c'est au créancier à supporter l'excédent des frais dans le premier cas, et les risques dans le second.

Les dispositions relatives au lieu de prestation demeurent intactes.

Art. 271. Si, pour l'exécution de la prestation, il n'y a ni époque

---

établissements publics, lesquels ont l'habitude de payer à leur guichet; d'ailleurs cette faveur spéciale est maintenue par voie de disposition formelle, par l'article 92 L. Intr.

§ II. D'autre part, lorsqu'il est question dans l'article 270 du domicile du créancier, il s'agit du domicile actuel au jour du payement; si ce n'est que, au cas de changement de domicile survenu depuis la naissance de l'obligation, le créancier doit supporter le supplément de frais qui pourrait en résulter; et si de ce changement de domicile résulte une augmentation des risques, le créancier cette fois supporte la totalité des risques. C'eût été une complication impraticable que d'opérer un partage des risques. C'est ainsi que le texte ne parle pas de mettre à sa charge le supplément de risques, mais les risques.

§ III. Enfin, au cas de dette relative à l'exercice d'une industrie, on substitue à la règle du domicile le lieu de l'établissement industriel, entendu comme il vient d'être dit, de l'établissement actuel du créancier, sous réserve, au cas de changement survenu, des mêmes conséquence à la charge du créancier.

Art. 271. § I. L'article 271 traite de l'époque de l'exécution, et suppose tout d'abord qu'aucun délai n'a été fixé par les parties, auquel cas il établit une disposition de caractère purement subsidiaire, comme celles des articles 269 et 270, portant que le créancier peut exiger payement immédiat, comme le

qui ait été fixée, ni époque qui ressorte des circonstances, le créancier peut exiger la prestation immédiatement et le débiteur l'effectuer immédiatement.

Si une époque a été fixée, on doit admettre, dans le doute, que le créancier ne peut avant l'époque fixée exiger la prestation, mais que le débiteur peut l'effectuer avant.

Art. 272. Si le débiteur paye avant l'échéance une dette qui ne produise pas intérêts, il n'a droit à aucune déduction pour intérêts intérimaires.

Art. 273. Si, en vertu du même rapport juridique qui sert de

---

débiteur obliger celui-ci à recevoir exécution immédiate de ce qui lui est dû. Mais ce n'est là qu'une règle subsidiaire impliquant qu'aucune interprétation contraire ne puisse se tirer des termes du contrat ou des termes de la loi, au cas d'obligation légale. Et la plupart du temps cette interprétation dépendra de la nature même de l'obligation, de même qu'il pourrait résulter des exigences de la bonne foi ou des usages commerciaux qu'un certain délai dût être accordé au débiteur pour s'exécuter.

§ II. Lorsque au contraire un délai d'exécution a été fixé, on doit présumer, dans le doute, et toujours à titre de règle subsidiaire, qu'il est dans l'intérêt du débiteur, de telle sorte que le créancier ne puisse poursuivre avant terme, mais que le débiteur ait le droit de payer avant l'échéance, et le droit par suite de mettre le créancier en demeure, même si l'offre de payement se produit avant l'expiration du délai.

§ III. Le premier Projet avait prévu à cette occasion le cas où, soit le jour d'exécution, soit le dernier jour du terme, tomberait un jour férié. Mais le Code civil a tracé à cet égard une règle générale qu'il a placée dans la Partie générale (art. 193 et la note).

Art. 272. Cf. art. 813 al. 2.

Art. 273. § I. Le droit de rétention, organisé, dans ses grandes lignes tout au moins, d'après les principes qui avaient prévalu en droit commercial (cf. Sal., *Obl.*, n° 19, p. 18 et suiv.), exige en premier lieu que les deux dettes coexistent entre les mêmes personnes, et en outre que la créance opposée

fondement à son obligation, le débiteur a contre le créancier une prétention qui soit échue, il peut, à moins que d'après le rapport d'obligation il doive en être autrement, refuser la prestation due, jusqu'à ce que la prestation lui revenant ait été effectuée (droit de rétention).

Pareil droit appartient à quiconque est obligé à délivrance d'un

---

par celui qui se prévaut du droit de rétention soit née à l'occasion du même rapport juridique que celui qui serve de fondement à sa propre dette: c'est le principe désigné sous le nom de «principe de connexité». Il avait été rejeté en matière commerciale, où l'on se contente de la commercialité des deux dettes (art. 369 C. C^e all.). Il a été maintenu en matière civile; mais on devra l'entendre d'une façon large. Il y aura connexité, avant tout, lorsque les deux dettes seront nées d'un même contrat. Mais dans ce cas, s'agissant de contrat synallagmatique, le droit de rétention a un aspect spécial et distinct. Il se présente sous la forme de l'exception d'inexécution de contrat, réglementée par les articles 320 et suivants. Il y aura connexité également lorsqu'il s'agit de ce que l'on appelle un contrat synallagmatique imparfait; de même pour les dépenses faites à l'occasion d'un immeuble, lorsque le possesseur est tenu de le restituer (art. 1000); et enfin lorsqu'une dette de restitution se trouve liée à une créance en indemnité pour dommage causé par la chose elle-même. Il faut ajouter, ce qui va de soi, que les deux dettes doivent être toutes deux actuellement exigibles.

§ II. D'ailleurs la définition très large donnée par l'article 273 du droit de rétention a eu en vue d'en étendre l'application à toute espèce de prestation, quel qu'en soit l'objet ou la nature, alors même qu'il s'agirait d'un fait à exécuter (cf. *Bull.*, 1895, p. 755-756). La même généralité doit être admise lorsqu'il s'agit d'un objet matériel à restituer; il n'est pas indispensable qu'il appartienne à celui qui en demande la restitution et à qui le droit de rétention est opposé. Il pourrait très bien se faire que la chose fût la propriété de celui qui oppose le droit de rétention, par exemple s'il s'agit de choses qui lui appartiennent et qu'il doive livrer à l'autre partie (cf. *Entw. eines H. G. B.*, p. 210-211).

§ III. Le dernier alinéa de l'article 273, emprunté au droit prussien, donne au droit de rétention sa vraie caractéristique juridique. Ce n'est ni un mode de libération, ni un droit réel, mais une sorte de saisie temporaire

objet, lorsqu'il peut faire valoir une prétention actuellement échue à raison de dépenses faites pour cet objet ou à raison d'un dommage que ce dernier lui ait causé, à moins qu'il ait acquis l'objet par suite d'un fait illicite réalisé intentionnellement.

Le créancier peut écarter l'exercice du droit de rétention par une prestation de sûreté. La prestation de sûreté qui consisterait en une caution est exclue.

Art. 274. A l'encontre de l'action du créancier, la mise en œuvre du droit de rétention produit uniquement cet effet que le débiteur

---

exercée sur soi-même comme garantie de payement. Si donc le créancier, à qui ce droit appartient, offre une garantie équivalente, il n'y a plus de raison pour que le débiteur refuse de s'exécuter. Seulement, si le droit de rétention n'est pas un droit réel, il n'en constitue pas moins une garantie réelle; aussi le créancier ne pourrait-il pas lui substituer une simple garantie personnelle. On verra, d'ailleurs, que cette faculté de substitution n'existe plus en matière de contrats synallagmatiques (art. 320).

Art. 274. La mise en œuvre du droit de rétention se réalise au moyen d'une exception opposée à la demande du créancier. Seulement cette exception n'a pas ici pour effet d'empêcher la condamnation, mais d'en modifier le contenu. Celui qui oppose le droit de rétention, étant débiteur, sera encore condamné à payer; mais le jugement portera qu'il ne devra s'exécuter que contre exécution de ce qui lui est dû. Au lieu d'une condamnation pure et simple, on prononcera une condamnation à exécution concomitante, comme au cas de contrat synallagmatique (cf. art. 322). Reste à voir comment, dans ce cas, faire exécuter le jugement. Il faudra forcément que celle des deux parties qui refusait de payer et à laquelle le droit de rétention a été opposé prenne les devants, puisque, si elle n'offre pas ce qu'elle doit, le jugement qu'elle a obtenu ne peut plus être exécuté. Elle devra donc prendre les devants; ce qui ne veut pas dire qu'elle est obligée de payer la première. Car il lui suffit de faire des offres; et si l'autre partie n'offre pas de son côté la restitution de la chose ou le payement de ce à quoi elle a été condamnée, même si elle se déclarait prête à accepter ce qui lui est offert, elle n'en serait pas moins en demeure faute d'acceptation (art. 298). Or, comme il fallait

doit être condamné à fournir la prestation contre réception de la prestation qui lui revient (exécution trait pour trait).

Sur le fondement d'une condamnation de cette nature, le créancier peut, sans effectuer la prestation qui lui incombe, poursuivre sa prétention par voie d'exécution forcée, lorsque le débiteur est en demeure d'accepter.

Art. 275. Le débiteur se trouve libéré de l'obligation d'effec-

---

en finir, l'article 274 déclare que, si le débiteur est en demeure d'accepter, celui qui a obtenu le jugement peut, sans avoir exécuté lui-même la prestation qui lui incombe, poursuivre l'exécution forcée, comme s'il y avait eu condamnation pure et simple. Celui qui a opposé le droit de rétention est donc certain de n'avoir à payer qu'après avoir reçu payement, ou tout au moins après avoir reçu l'offre de ce que lui doit son créancier; mais encore faut-il, cette offre faite, qu'il soit disposé à accepter ce qu'on lui offre. Sinon, on ne tient plus compte de son droit, et le jugement obtenu par son créancier s'exécute purement et simplement. Sur la procédure d'exécution forcée au cas de jugement portant condamnation à exécution concomitante, voir au Code de procédure civile, articles 726, 756 et 765 (cf. Scholl., p. 94).

Art. 275. § I. L'article 275 traite des conséquences de l'impossibilité d'exécution survenue par cas fortuit, ou plutôt survenue par suite d'un fait dont le débiteur n'ait pas à répondre, puisqu'il est des cas où il répond du cas fortuit (art. 278 et 279). Son effet sera de libérer le débiteur; et il faut entendre par là que le débiteur ne devra plus rien, ni l'exécution en nature, ce qui va de soi, puisqu'elle est impossible, ni l'exécution par voie d'équivalent pécuniaire, puisqu'il est complètement libéré et que, sans cette interprétation, le texte n'aurait aucun sens utile. Mais il va de soi que l'article 275 laisse de côté la question relative aux risques, en tant qu'il s'agit de savoir, en matière de contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties se trouve libérée de ce qu'elle doit, si elle peut encore toucher ce qui lui est dû.

§ II. L'article 275 déclare le débiteur libéré dès que l'exécution matérielle est impossible sans sa faute; et il met sur la même ligne à cet égard l'impossibilité absolue, désignée généralement dans la doctrine sous le nom d'«impossibilité objective», et l'impossibilité simplement relative, ou personnelle au

tuer la prestation, dès que celle-ci devient impossible par suite d'une circonstance survenue depuis la naissance du rapport d'obligation et dont le débiteur n'ait pas à répondre.

---

débiteur, celle que l'on a l'habitude de désigner sous le nom de «subjective». Il y a impossibilité objective lorsque pour tout le monde l'exécution serait impossible, par exemple au cas de dette de corps certain, si la chose due périt, et il y a impossibilité subjective lorsque l'exécution en soi pourrait être obtenue, mais d'un autre que le débiteur; pour ce dernier, elle est impossible, comme par exemple s'il devait livrer une chose, et qu'au moment de le faire elle lui ait été volée. La chose existe, mais elle n'est plus à la disposition matérielle du débiteur; elle n'est même plus à sa disposition juridique, si, après lui avoir été volée, elle est acquise par un tiers de bonne foi qui en demeure propriétaire. Dans la terminologie du Code civil, lorsqu'il est parlé d'*impossibilité*, ce que l'on vise, c'est l'impossibilité absolue; et lorsqu'il s'agit d'impossibilité purement personnelle au débiteur, on la désigne sous le nom d'«impuissance» (*Unvermögen*); et il va de soi que cette impuissance ne dérive pas forcément, on l'a vu par l'exemple qui précède, d'une diminution survenue dans l'état de fortune du débiteur et de ce que l'on désigne sous le nom d'«insolvabilité». Il sera même très rare que l'insolvabilité proprement dite puisse rentrer sous l'application de l'article 275, même lorsqu'elle survient sans la faute du débiteur. Car, s'il s'agit de dette d'argent, l'article 275 ne s'appliquera plus, comme on le verra sur l'article 279; et, s'il s'agit de dette de corps certain, si l'on suppose que déjà lors de la naissance de l'obligation le débiteur n'aurait pas été en mesure d'exécuter, cette fois encore, comme on va le voir, l'article 275 ne s'applique pas. Il ne reste plus, pour son application, que le cas où le corps certain aurait pu être livré au jour du contrat, à supposer que la livraison en devienne impossible à l'échéance, par suite d'insolvabilité non imputable à faute; mais l'on ne voit pas bien comment cela pourrait arriver. Si, en effet, la chose a été aliénée par le débiteur, l'impossibilité résulte de son fait, et, si elle est encore dans son patrimoine, l'insolvabilité ne constitue pas une impossibilité d'exécution. Il faudrait donc supposer une saisie antérieure et la chose, quand arrive l'échéance, ayant disparu du patrimoine du débiteur par suite de cette saisie due à son état d'insolvabilité; mais, encore qu'il soit très difficile d'établir que la survenance de l'insolvabilité soit un pur cas fortuit, ne peut-on pas dire, dans l'exemple qui précède, que le fait de la part du débiteur saisi de n'avoir pas averti son créancier pour le

Est assimilée à une impossibilité survenue depuis la naissance du rapport d'obligation l'impuissance du débiteur, ultérieurement survenue, d'exécuter la prestation.

---

mettre à même de sauvegarder ses droits constitue de sa part une faute qui s'opposerait à sa libération en vertu de l'article 275?

§ III. Reste enfin le cas où la prestation consisterait en un fait à exécuter, et ce fait exigeant des dépenses considérables de la part du débiteur, dépenses de matériaux, salaires d'ouvriers et autres de ce genre. Si l'insolvabilité du débiteur vient à rendre impossible l'exécution du fait promis, doit-on dire que ce dernier sera libéré en vertu de l'article 275? Sur ce point encore, il y aurait bien des nuances à distinguer. Mais, pour le cas le plus ordinaire, on verra sur l'article 279 que cette hypothèse est généralement assimilée par les auteurs à celle d'une dette d'argent. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que le créancier ait eu en vue d'une façon exclusive le fait personnel du débiteur, tout en acceptant de courir les risques relatifs à l'achat des matériaux dont il aurait besoin, comme ce pourrait être le cas d'un sculpteur chargé de fournir la matière elle-même et qui se trouverait, par suite de son insolvabilité non imputable à faute, dans l'impossibilité de se la procurer. On pourrait donc concevoir, dans certains cas rares et exceptionnels, que l'insolvabilité du débiteur, lorsqu'elle provient d'un cas fortuit, pût être une cause de libération du débiteur. Il était donc très important, comme principe tout au moins, de bien mettre en relief l'intérêt qui s'attache à cette assimilation faite par le Code civil au point de vue de la libération par cas fortuit, entre l'impossibilité absolue et celle qui serait purement relative.

§ IV. Ce principe d'assimilation ne devait s'appliquer, d'après le premier Projet, qu'en matière d'obligation de corps certain (art. 237 P[1]). La seconde Commission a modifié cette règle, au moins dans la forme. Le principe d'assimilation est posé d'une façon absolument générale; seulement, l'article 279, en ce qui touche les dettes de genre, apporte une exception à la règle (cf. *Bull.*, 1895, p. 765-766). Il faudra en conclure que l'exception se limite aux hypothèses visées par l'article 279 et que le principe reste applicable à toutes les obligations en général, en dehors de celles prévues à l'article 279. Il va de soi, s'il ne s'agit pas d'un fait que le débiteur seul puisse ou doive exécuter, que, dès qu'il y a possibilité de le faire exécuter par d'autres, il n'y a ni impossibilité, ni même impuissance, au sens de l'article 275, puisque le débiteur reste capable de procurer l'exécution provisoire. Reste le cas où l'in-

Art. 276. Le débiteur doit, à moins de disposition différente, répondre de son fait intentionnel et de sa négligence. Agit

---

solvabilité du débiteur s'opposerait à ce qu'il puisse pourvoir aux dépenses nécessaires, et il en a été question au paragraphe précédent.

§ V. L'article 275 ne vise que l'impossibilité, objective ou relative, survenue après la naissance de l'obligation et ne dit rien de celle qui lui serait antérieure. S'il s'agit de contrats, et que l'impossibilité soit absolue, l'article 306 déclare que le contrat ne se forme pas, et il en serait de même par analogie d'une promesse unilatérale portant sur un objet impossible, par exemple la souscription d'une obligation au porteur. Mais, au cas d'impossibilité purement relative, l'article 306 ne s'applique plus et le contrat se forme. Le débiteur, encore qu'il se trouverait dans l'impossibilité actuelle d'exécuter s'il devait le faire à ce moment, est censé avoir compté que l'exécution lui deviendrait possible; et, en tout cas, pour l'hypothèse où cette éventualité ne se réaliserait pas, il est censé avoir pris le risque à sa charge et assumé de ce chef une obligation de garantie à l'égard du créancier. Aussi le dernier alinéa de l'article 275 n'est-il plus applicable à cette hypothèse, même à supposer qu'au jour du contrat l'impossibilité qui existait alors pour le débiteur eût été de nature à être écartée par lui à ce moment et que cette faculté vienne à lui être enlevée par la suite sans sa faute; même dans ce cas, l'article 275 ne s'applique plus, bien que la question ait pu donner lieu à certains doutes. Ainsi on a cité l'exemple du marchand de tableaux qui promet de livrer un tableau qu'il ne possède pas au jour du contrat, mais qu'il aurait la possibilité d'acheter à ce moment; si, plus tard, il se ruine sans sa faute et qu'il lui devienne impossible par suite d'acquérir l'objet promis, il ne pourra plus se prévaloir de l'article 275, car l'impossibilité personnelle où il s'est trouvé de livrer l'objet dû existait déjà au jour du contrat, elle n'est pas postérieure à la naissance de l'obligation, et dès lors l'article 275 ne s'applique plus (Pl., sur § 275, p. 49; *contra*, Cos., I, 334).

Art. 276. § I. La libération du débiteur n'est acquise que si l'impossibilité dérive d'un fait qui ne soit pas imputable au débiteur. Il y avait donc lieu de spécifier à quelles conditions il y aurait imputabilité et, par suite, sous quelles conditions la responsabilité du débiteur se trouverait engagée (cf. Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, dans *Festschrift für den XXVI Deutschen Juristentag*, p. 33-34). Cela revient à déterminer dans quels cas il y aurait faute d'inexécution. Aussi fallait-il définir la faute de négligence en indiquant quel

avec négligence celui qui manque aux soins exigés en affaires. Les dispositions des articles 827, 828 reçoivent application.

Le débiteur ne peut être déchargé par avance de la garantie pour fait intentionnel.

Art. 277. Celui qui ne doit être tenu que du soin qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires n'est pas libéré de la garantie pour négligence grossière.

---

serait le type admis par la loi comme devant servir de mesure légale pour le degré de diligence exigé du débiteur.

§ II. Sous ce rapport, l'article 276 prend pour type de comparaison, conformément à la doctrine traditionnelle, un type abstrait et non l'appréciation subjective des habitudes d'administration personnelles au débiteur. Seulement son type abstrait n'est plus le type classique du bon administrateur, que l'article 144 P[1] appelait encore le bon père de famille, mais celui du loyal commerçant, au sens général du mot (cf. *Bull.*, 1895, p. 759). Et d'ailleurs, bien que la négligence soit appréciée à un point de vue objectif, et non purement individuel, la nouvelle conception implique cependant qu'il n'y aura pas lieu de s'en tenir à un type unique et absolu, mais qu'il faudra tenir compte de ce qu'est le débiteur, de son âge, de son sexe au besoin, de sa situation, en ce sens que, lorsqu'on contracte, par exemple, avec un jeune homme, un étudiant, si l'on veut, il n'est pas dans l'usage de s'attendre à la même diligence, au moins en certaines choses, que s'il s'agissait d'un homme d'affaires proprement dit (cf. Wendt., *Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt B. G. B.*, § 276, dans *Arc. civ. Pr.*, t. 87, p. 422, p. 438).

§ III. La seconde disposition de l'article 276 marque la limite fixée à la liberté des conventions en matière de clauses d'irresponsabilité (cf. art. 278). En deçà de cette limite, toutes les conventions sont libres.

Art. 277. Le Code civil présente lui-même quelques hypothèses où la responsabilité est appréciée au point de vue purement subjectif, et, par suite, contrairement au principe de l'article 276 (cf. art. 690, 708, 1359, 1664, 2131). Mais cette restriction pourrait aussi, conformément à l'article 276 al. 2, provenir de la convention. Dans tous ces cas, le débiteur n'en resterait pas moins responsable de sa faute lourde.

Art. 278. Le débiteur doit répondre de la faute de son représentant légal et de celle des personnes dont il se sert pour l'exé-

---

Art. 278. § I. L'article 278 traite de la question si vivement discutée de la responsabilité pour autrui en ce qui concerne l'exécution d'une obligation. Il faut supposer un débiteur faisant exécuter par d'autres la prestation à laquelle il est tenu; et il y a lieu de se demander, lorsque celui qui le représente ou qui exécute à sa place se trouve lui-même responsable de l'inexécution, si le débiteur aura à répondre personnellement de cette inexécution de l'obligation qui lui incombait. Tout le monde était d'accord pour distinguer si, d'après le contrat ou la nature de l'obligation, le débiteur était autorisé à se substituer d'autres personnes pour l'exécution. S'il n'avait pas le droit de le faire, il répondait sans distinction de l'inexécution, que l'auxiliaire dont il se sert soit lui-même en faute ou non; si, au contraire, il était autorisé à se servir d'auxiliaires, on voulait ne le rendre responsable que de sa faute personnelle, et par suite n'engager sa responsabilité que s'il avait une faute à se reprocher, dans le choix ou la surveillance, comme au cas de délit commis par un préposé (cf. Wind., II, § 401, note 5).

§ II. Le Code civil accepte encore, en ce sens qu'il la sous-entend, cette distinction; mais les conséquences qu'il en tire, au moins pour le cas où l'emploi d'auxiliaires était autorisé, sont très différentes de celles admises par la doctrine. Pour le cas où cet emploi n'était pas permis, bien que l'article 278 n'en parle pas, il a été universellement admis qu'il n'avait pas eu l'intention de rien changer au résultat qu'impose l'application des principes généraux. En pareil cas, le débiteur a commis une faute par le seul fait qu'il s'est substitué un remplaçant; et dans ce cas il répondra de l'impossibilité d'exécution, même si elle résulte d'un pur cas fortuit, personnel à la personne chargée de l'exécution. Le débiteur serait donc encore responsable même si l'impossibilité d'exécution fût arrivée sans la faute de son remplaçant, à moins d'établir que le cas fortuit qui a empêché ce dernier d'exécuter le fait promis se fût également réalisé par rapport au débiteur, s'il avait exécuté en personne. Il y aura lieu d'appliquer cette solution en matière de contrat de services, lorsque celui qui doit les services se substitue un remplaçant contrairement à la disposition de l'article 613 (cf. Pl., II, 51, et Scholl., 104-105).

§ III. Mais lorsque l'emploi d'auxiliaires se trouvait permis, expressément ou tacitement, c'est pour cette hypothèse qu'il fallait une disposition spéciale, si l'on voulait écarter l'application des principes généraux qui eussen

cution de son engagement, dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle. La disposition de l'article 276 al. 2 ne reçoit pas application.

---

supprimé toute responsabilité personnelle du débiteur lorsque lui-même eût été exempt de toute faute personnelle. Donc, contrairement à cette dernière solution, l'article 278 engage la responsabilité pour toute faute commise par le représentant ou préposé du débiteur, en dehors de toute faute qui soit propre à ce dernier; et la responsabilité du débiteur est engagée dans la mesure où elle le serait si ce fût lui qui eût commis la faute imputable à son représentant. Cela signifie que, si le débiteur n'était tenu que de sa faute lourde, il y aura lieu d'apprécier si la faute commise, à supposer qu'elle eût été le fait du débiteur, eût constitué une faute lourde dont il eût été responsable, et de même pour tous les degrés de faute, dont il peut y avoir à tenir compte (cf. art. 690 et 691); il en serait ainsi pour l'application de l'article 254.

§ IV. Il résulte de cette disposition qu'il y a grand intérêt à distinguer si la faute commise par un représentant ou un préposé a été commise à propos de l'exécution d'une obligation, ou si elle constitue un délit civil, puisque, dans ce dernier cas, le préposant ou le représenté ne répond, au moins en principe, que de sa faute personnelle (art. 831). De là certaines questions qui se sont élevées sur le point de savoir si, par rapport à tels ou tels actes du préposé, il y avait un fait se rattachant ou non à l'exécution d'une obligation. Tout le monde admet sur ce point qu'il faut considérer comme faits relatifs à l'exécution non seulement ceux qui concernent l'acte même d'exécution, mais ceux qui y concourent indirectement, comme par exemple ceux qui ont trait à la garde et à la conservation de la chose pendant le temps qui s'écoule jusqu'à la livraison, puisque la garde de la chose est un des éléments de l'obligation du débiteur. Les auteurs ont appliqué cette solution non seulement au cas où le débiteur aurait chargé ses employés de la garde de la chose, mais à celui où il aurait loué la chose ou qu'il l'eût cédée à un tiers intérimairement; bien que celui-ci en jouisse dans son intérêt propre, le débiteur est censé l'avoir chargé de la garde de la chose en vue de sa livraison postérieure au créancier; de sorte que la disposition de l'article 549 al. 2 ne serait ainsi qu'une application de l'article 278 (cf. Pl., § 278). A plus forte raison, en est-il ainsi des agents dont on se sert pour le transport de la chose. Mais on a voulu quelquefois rattacher à l'exécution de l'obligation tous les faits auxquels cette exécution a pu donner lieu et dont elle a été la cause

Art. 279. Si l'objet dû n'est déterminé que par son genre, le débiteur doit, aussi longtemps qu'une prestation du genre fixé reste

---

indirecte, comme par exemple si un ouvrier chargé par son patron d'un travail à faire dans un appartement, tel que d'en refaire les peintures, brisait la glace d'une fenêtre. Ce fait ne rentre plus dans l'exécution de l'obligation dont le patron était tenu ; ce dernier en répondrait-il en vertu de l'article 278, ou seulement sur le fondement de l'article 831, en tant que délit civil? La question a donné lieu, et peut encore donner lieu, à controverse (cf. Rümelin, *Die Gründe der Schadenszurechnung*, p. 88, et Scholl., p. 104).

§ V. L'article 278 est applicable en ce qui concerne les faits imputables aux gens de service, en dépit de toute disposition contraire des lois d'États à cet égard (L. Intr., art. 95).

§ VI. Enfin il va de soi que par contrat les parties peuvent apporter toute atténuation quelconque au principe de responsabilité de l'article 278, même celle qui porterait sur la faute intentionnelle du préposé, puisqu'il s'agirait ici d'une faute qui ne fût pas personnelle au débiteur. (Cf. Ferrara, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, dans *Archivio giuridico*, 1903, p. 401 et suiv.)

Art. 279. On a déjà vu sur l'article 275 qu'en matière de dettes de genre, et principalement lorsqu'il s'agit de dettes d'argent, il devait être fait exception, en vertu des usages du commerce et de l'intention présumée des parties, à la règle d'après laquelle le débiteur est libéré dès qu'il est mis, sans sa faute, dans l'impuissance de livrer ce qu'il doit. Il n'est pas douteux qu'il ne pourrait être déchargé de son obligation que s'il survenait une impossibilité absolue de trouver une chose du genre spécifié ; on ne tient plus compte cette fois que de l'impossibilité objective. Et Planck remarque avec raison que, si la totalité des choses composant le genre fixé n'a pas péri, mais qu'il y eût à se procurer l'une de celles qui subsistent des difficultés considérables et imprévues, il faut, conformément aux usages, admettre toutefois qu'il y a impossibilité au sens de l'article 275. Et cette observation était importante à faire en vue de son application possible aux obligations de faire. Les auteurs déclarent en effet qu'il faudra assimiler aux dettes d'argent, en vue de l'application de l'article 279, celles dans lesquelles les parties n'ont envisagé les moyens destinés à l'exécution qu'au point de vue de leur valeur pécuniaire. Ce sera le cas d'une commande d'ouvrage nécessitant l'emploi de matériaux ou d'ouvriers salariés ; l'emploi de ces moyens n'est envisagé par le créancier que comme

possible, répondre de son impuissance d'exécuter la prestation, alors même qu'il n'y ait aucune faute à lui reprocher.

Art. 280. Dès que la prestation devient impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur ait à répondre, le débiteur est

---

s'il s'agissait de faits indéterminés assimilables à ce que serait la détermination d'un genre pour une chose à fournir; l'insolvabilité du débiteur, en tant qu'elle l'empêcherait de se procurer les matériaux ou les ouvriers nécessaires, ne serait donc jamais pour lui une cause de libération (note sur art. 275); et, pour que celle-ci intervînt, il faudrait une impossibilité objective de se procurer les matériaux ou les ouvriers nécessaires, conformément aux observations qui précèdent (Pl., § 279).

Art. 280. § I. L'article 280 traite des conséquences de l'impossibilité d'exécution dérivant d'un fait dont le débiteur ait à répondre, et l'on sait déjà que ce pourrait être un fait n'impliquant aucune faute qui lui fût personnelle (art. 278 et 279 et les notes). Dans ce cas, le débiteur n'est plus libéré de son obligation, puisque l'article 275 n'admet cette libération que lorsqu'il s'agit d'impossibilité dérivant d'un fait qui n'engage pas la responsabilité du débiteur. Mais son obligation, tout en étant maintenue, se transforme en une dette d'indemnité; il y a obligation à réparation. Que l'obligation soit maintenue sur le fondement du même rapport de droit qui lui a donné naissance, c'est un point certain, puisque les garanties, soit personnelles, soit réelles, subsistent; et d'ailleurs la preuve qu'il en est ainsi se tire également de l'article 325, qui, en matière de contrat synallagmatique, admet, lorsqu'il y a impossibilité imputable à l'une des parties, le droit pour l'autre partie de demander la résiliation du contrat: c'est donc que celui-ci subsiste, avec les obligations qui en dérivent (Scholl., 107). Seulement cette obligation se transforme au point de vue de son objet : elle a pour objet la réparation du dommage, conformément aux articles 249 et suivants.

§ II. Cette transformation suppose avant tout l'impossibilité. Elle n'a lieu que si l'impossibilité est acquise; mais, dès qu'il y a impossibilité, cette transformation se produit. Et il est important de remarquer qu'à ce point de vue l'article 280 est censé se référer à l'article 275, qui, par obligation devenue impossible, comprend les deux catégories d'impossibilité. Par suite, même au cas d'impossibilité purement personnelle au débiteur, dès qu'elle est acquise,

tenu vis-à-vis du créancier à réparer le dommage résultant de l'inexécution.

---

le droit à réparation se substitue au droit à l'exécution en nature, et cela dans tous les cas où il s'agit d'une impossibilité dont le débiteur ait à répondre, donc même au cas de dette de genre. Même dans cette hypothèse, lorsque le débiteur est dans l'impuissance purement personnelle de se procurer une chose répondant au genre spécifié, le droit à exécution fait place au droit à réparation; il est vrai que cela ne veut pas dire encore d'une façon ferme que l'exécution forcément ne se fera plus qu'en argent. Mais, pratiquement, c'est bien à cette conséquence, ou à peu près, qu'aboutira la combinaison des articles 279 et 280. Tout le monde admet d'ailleurs que, pour savoir s'il y a impossibilité, il faudra s'en tenir aux vraisemblances; sans doute il faut que l'impossibilité soit complète et définitive, on ne se contenterait pas d'une impossibilité temporaire. Mais il suffira d'établir que, d'après les vraisemblances, il n'y a aucune chance pour que le débiteur puisse exécuter dans le délai pendant lequel l'obligation peut encore offrir quelque utilité au créancier. Du reste, pour mettre fin à tous les doutes, le créancier pourra invoquer, si le débiteur est en demeure, l'article 286 al. 2, et dans tous les cas utiliser le moyen que lui offre l'article 283.

§ III. L'impossibilité étant établie, objective ou personnelle, il ne faut pas dire encore que forcément le créancier n'ait droit qu'à une indemnité en argent; car la réparation, en principe, doit d'abord se faire en nature (art. 249). Sans doute, au cas d'impossibilité absolue, il est d'ores et déjà certain que la réparation en nature est impossible, et l'article 251 s'appliquera. Mais il n'en est plus forcément ainsi au cas d'impuissance purement personnelle au débiteur, même lorsqu'elle a été tenue suffisante pour produire transformation de l'obligation. Il peut se faire que, malgré ces vraisemblances, le débiteur prétende pouvoir encore exécuter son obligation, puisque c'est en cela que consisterait la réparation en nature. Il ne peut pas être privé de ce droit (art. 249); aussi le moyen pratique de trancher la difficulté sera-t-il fourni au créancier par l'article 250.

§ IV. Au cas d'impossibilité partielle, si le débiteur offre la partie restée possible et en même temps la réparation pour celle qui ne l'est plus, on aurait pu être tenté de dire qu'il se trouverait exécuter l'obligation dans son intégrité et que, par suite, le créancier aurait été déchu du droit qui lui revient d'après l'article 266 de refuser la prestation partielle. Aussi l'article 280 a-t-il

Au cas d'impossibilité partielle, le créancier peut, sous la condition de rejeter la partie encore possible de la prestation, exiger réparation de dommage pour inexécution de l'engagement total, si l'exécution partielle ne peut avoir pour lui aucun intérêt. Les dispositions des articles 346 à 356 établies en ce qui concerne le droit de résiliation contractuelle reçoivent application correspondante.

---

prévu cette hypothèse, pour admettre qu'il aura encore ce droit de rejet, à condition de prouver que l'exécution de la partie restée possible ne lui offrirait plus d'utilité. Dans ce cas, il pourra donc demander indemnité pour le tout.

§ V. Et enfin, s'il avait déjà reçu une exécution partielle en nature, et que, pour ce qui reste, il y ait impossibilité survenue et imputable au débiteur, le créancier, s'il veut demander indemnité pour le tout, en restituant ce qu'il a reçu, devra, sous la condition d'établir que la partie qu'il avait reçue ne lui serait d'aucune utilité, procéder comme au cas de résiliation de contrat, de telle sorte qu'on appliquera par analogie, *mutatis mutandis*, les dispositions des articles 346 et suivants (cf. Pl., 55).

§ VI. S'il s'agit de contrat synallagmatique, et que l'une des obligations devienne impossible par suite d'un fait imputable à celui qui la devait, il pourra y avoir lieu à l'application des articles 324 et suivants.

§ VII. Il reste à faire observer que le premier Projet (art. 240 P[1]) avait statué sur l'époque à laquelle il faudrait se reporter pour apprécier la valeur de la chose devenue impossible et posé en principe que ce serait l'époque où la chose aurait dû être livrée (Sal., *Obl.*, n° 25, p. 22-23). Cette disposition a été supprimée, en tant qu'elle reposait sur une présomption qui ne serait pas forcément applicable à tous les cas. Sans doute, on peut considérer, en matière d'inexécution d'obligation, le moment où l'exécution aurait dû avoir lieu comme étant celui auquel on devra se placer pour calculer la perte subie; mais, s'il est établi que l'objet aurait augmenté de valeur après coup, il y aura lieu alors de tenir compte de cet accroissement de valeur, en tant que gain manqué, conformément aux indications données sur l'article 252; de sorte qu'en réalité le moment où l'on se placera en fait pour calculer la valeur représentée par l'indemnité à fournir sera tout autre que celui où la chose aurait dû être livrée. On a donc préféré s'en remettre purement et simplement à l'application des principes généraux de l'article 252.

Art. 281. Si le débiteur, par suite de la circonstance qui rend la prestation impossible, acquiert, en équivalence de l'objet dû, une réparation ou une prétention (1) à réparation, le créancier peut exiger la restitution de ce qui a été acquis comme réparation ou la cession de la prétention à réparation (2).

Lorsque le créancier a une prétention à réparation (1) de dommage pour inexécution, s'il fait usage du droit établi à l'alinéa 1er,

---

Art. 281. (1) Sur le sens du mot «Prétention», voir art. 194.

(2) Il va de soi, lorsque le créancier n'a aucune indemnité à réclamer pour inexécution (art. 275), qu'il doit pouvoir au moins exiger du débiteur qu'il lui cède les profits ou actions qu'il a pu retirer lui-même à l'occasion de la perte de la chose due, indemnité d'assurances, action contre la compagnie d'assurances, dommages-intérêts qu'il aurait reçus ou auxquels il aurait droit à raison de la destruction de la chose par un tiers (art. 823). Mais l'article 281 étend ce droit du créancier même au cas où il aurait une action en indemnité contre le débiteur; seulement il ne peut cumuler double profit et devra faire entrer en ligne de compte pour diminuer le montant de son indemnité ce qu'il aura pu retirer du droit d'action appartenant au débiteur conformément à l'article 281. Mais il faut, d'après l'article 281, qu'il s'agisse de droits ou actions acquis au débiteur comme conséquence du fait qui aura causé la perte de la chose ou l'inexécution de l'obligation. Il semble bien aussi que l'on exige, pour l'application de l'article 281, que ces droits et actions soient acquis au débiteur postérieurement à la naissance de l'obligation. Il pourrait y avoir cependant telle hypothèse où il semblerait juste d'en étendre l'application au cas d'impossibilité concomitante à la naissance de l'obligation et donnant lieu, pour le débiteur, à certains profits auxquels le créancier pourrait être autorisé à prétendre. Cela peut se présenter pour le cas d'impossibilité subjective, puisqu'une impossibilité de ce genre n'empêche pas l'obligation de se former valablement (note sur art. 275). On a songé au cas d'une vente qui aurait pour objet une chose déjà antérieurement vendue et dont le vendeur aurait touché le prix; si ce vendeur est dans l'impossibilité de la fournir au second acheteur ne l'ayant plus à sa disposition, mais qu'il eût touché le prix de la première vente, ou que ce prix fût encore dû, n'est-ce pas là un droit qui se rattache à l'impossibilité d'exécution dont il ait à répondre? Le créancier ne pourrait-il pas exercer à cet égard le droit que lui

l'indemnité à lui fournir se trouve diminuée dans la proportion de la valeur de la réparation reçue ou de la prétention à réparation.

Art. 282. S'il y a contestation sur la question de savoir si l'impossibilité de la prestation est la suite d'une circonstance dont le débiteur ait à répondre, la charge de la preuve incombe au débiteur.

Art. 283. Lorsque le débiteur a été condamné par un jugement passé en force de chose jugée, le créancier peut lui fixer pour

---

confère l'article 281? On l'a proposé (Cos., p. 332). Cela paraîtrait juste. Mais la plupart des auteurs considèrent cette interprétation comme dépassant les termes et les prévisions du texte (Pl., sur § 281, p. 57; et Scholl., 112).

Art. 282. Cf. Sal., *Obl.*, n° 26.

Art. 283. § I. L'article 283 organise au profit du créancier un moyen pratique de couper court aux incertitudes et difficultés de preuve relatives au droit à réparation au cas d'impossibilité d'exécution : il faut en effet que celle-ci soit établie, et qu'il soit prouvé qu'il s'agisse d'une impossibilité durable et définitive, et non purement passagère. Aussi permet-on au créancier, lorsqu'il a obtenu condamnation contre le débiteur, de fixer à ce dernier un délai d'exécution, passé lequel l'inexécution est censée acquise, et l'obligation se transforme en une indemnité. Il s'agit donc d'une sorte d'impossibilité fictive qui dispense le créancier de la preuve de l'impossibilité réelle. Il fallait surtout empêcher que le créancier, lorsqu'il a obtenu un jugement portant sur l'exécution en nature, fût victime des atermoiments du débiteur. Et peu importe, cette fois, que l'impossibilité qui empêche le débiteur de s'exécuter ait été concomitante de la naissance de l'obligation ou postérieure (cf. note sur art. 281). Non seulement, une fois le délai expiré, le droit à réparation se trouve substitué au droit à exécution; mais le créancier ne peut plus demander que la réparation en argent, et non la réparation en nature (cf. art. 250). Il a refusé par avance d'accepter la prestation, ayant déclaré, pour reprendre la formule du texte, qu'il rejetait toute acceptation après expiration du délai. Aussi la loi pose-t-elle en principe, par corrélation, que le droit d'exiger l'exécution lui est désormais enlevé (cf. note sur art. 354 § II). Cependant le débiteur peut échapper à l'obligation d'indemnité, s'il établit que l'impossibilité

effectuer la prestation un délai convenable avec déclaration qu'il rejette toute acceptation de la prestation après expiration du délai. Après expiration du délai, le créancier peut exiger réparation de dommage pour inexécution, dès que la prestation n'a pas été effectuée en temps utile; la prétention à exécution est exclue. Il n'y a pas lieu à obligation à réparation de dommage, si la prestation est devenue impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur n'a pas à répondre.

Si, jusqu'à ce qu'il y ait expiration du délai, la prestation se trouve en partie seulement n'avoir pas été exécutée, le droit établi par l'article 280 al. 2 appartient également au créancier.

Art. 284. Si le débiteur n'exécute pas la prestation sur une

---

n'est survenue qu'après le jugement et avant expiration du délai, pourvu qu'elle ne lui fût pas imputable. Pour celle qui serait antérieure au jugement et qui eût constitué un cas fortuit, du moment que le débiteur s'est laissé condamner sans s'en prévaloir, il n'aurait plus le droit de l'invoquer après coup (art. 767 C. Pr. all.). Le délai dont il est question dans l'article 283 pourrait également être fixé dans le jugement de condamnation du débiteur sur la demande du créancier (art. 255 C. Pr. all.). — *Add.* note sur art. 326.

§ II. L'hypothèse de l'article 283 doit être rapprochée de la demeure; d'autant que, par le fait du jugement de condamnation, le débiteur sera presque toujours constitué en demeure. Mais la demeure, à elle seule, ne suffit pas à transformer l'obligation et à donner droit à une indemnité, sauf le cas de l'article 286. De là, l'utilité du délai de l'article 283. D'autre part, s'il y a mise en demeure par l'effet dn jugement, le débiteur doit répondre du cas fortuit, ce qui ferait exception à la disposition de l'article 283 relative à l'impossibilité fortuite postérieure au jugement. Mais il est vrai que, par exception, le débiteur pourrait n'être pas constitué en demeure, par exemple, s'il prouve que le retard ne lui est pas imputable à faute (art. 285).

Art. 284. Conformément à la doctrine traditionnelle, le Code civil admet, au moins en principe, que le seul fait que le débiteur soit en retard pour exécuter ne suffit pas à lui seul pour le rendre responsable du retard d'exécu-

sommation du créancier qui a lieu après arrivée de l'exigibilité, il se trouve par la sommation constitué en demeure. A la sommation sont assimilées l'introduction de l'action ayant pour objet la prestation, de même que la signification d'un ordre de payement en forme de procédure de sommation.

Si, pour la prestation, une époque a été fixée d'après le calendrier, le débiteur se trouve constitué en demeure sans sommation, s'il n'exécute pas la prestation à l'époque fixée. Il en est de même lorsqu'un acte de dénonciation doit précéder la prestation et que l'époque, pour ce qui est de la prestation, est fixée de telle manière qu'elle doive se calculer d'après le calendrier à partir de la dénonciation.

---

tion : il faut pour cela qu'il soit en demeure, et l'article 284 énumère les conditions de la demeure. La seule qui appelle quelque observation est celle relative à la règle *Dies interpellat pro homine*, que l'article 284 a entendu consacrer (Sal., *Obl.*, n° 28). Il faut remarquer, en effet, que cette règle ne s'appliquerait pas, si la fixation d'un délai d'exécution devait avoir cette signification que le créancier, sans doute, ne puisse pas poursuivre le débiteur avant l'expiration du délai, mais que celui-ci ne soit pas obligé de payer au jour dit et que le créancier, même une fois le terme échu, ait à lui faire parvenir sa demande. Mais ce n'est pas cette interprétation qui doive prévaloir, lorsqu'un délai a été fixé d'après une date déterminée à un jour donné du calendrier; ce délai à date fixe justifie la règle *Dies interpellat pro homine*. Et cette interprétation n'est pas en contradiction avec le principe de l'article 271 d'après lequel le terme, dans le doute, est en faveur du débiteur, car tout ce que l'on veut dire par là, c'est que le créancier ne pourra pas exiger le payement avant terme. Cela ne veut pas dire que, pour l'obtenir au jour dit, il soit obligé de présenter une demande en règle. Il y aura lieu toutefois de tenir compte de la règle de l'article 193. Il faut remarquer enfin que la théorie de la demeure reste complètement étrangère aux obligations de ne pas faire; car si le débiteur accomplit ce qui lui est défendu, il en résulte qu'il y a inexécution, et non pas seulement retard dans l'exécution. Aussi le créancier est-il déjà qualifié pour exiger, sans autre condition, la réparation pour inexécution totale de l'obligation.

Art. 285. Le débiteur n'est pas constitué en demeure, tant que la prestation reste omise par suite d'une circonstance dont il n'a pas à répondre.

Art. 286. Le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier à réparer le dommage résultant de la demeure.

Si la prestation, par suite de la demeure, n'a plus aucun in-

---

Art. 285. L'article 285 donne au débiteur le droit d'écarter les conséquences de la demeure, s'il prouve que le retard provient d'une cause dont il n'ait pas à répondre; et on sait que, par exception, il peut avoir à répondre du cas fortuit, ou plutôt d'un fait qui n'implique à sa charge aucune faute qui lui soit personnelle (cf. art. 278). Cette conception d'après laquelle l'idée de faute, ou plutôt d'imputabilité, est le fondement de la demeure est la conséquence du principe général d'après lequel la responsabilité pour inexécution implique un fait dont le débiteur ait à répondre (art. 280). On aurait pu comprendre, en matière de demeure, une théorie un peu différente (cf. C. féd. obl., art. 117 et 118; Sal., *Obl.*, n° 29). Cette condition d'imputabilité ayant été admise, il allait de soi que la charge de la preuve devait incomber au débiteur (art. 282). C'est à lui d'établir que le retard ne lui est pas imputable, ou plutôt qu'il n'engage pas sa responsabilité.

Art. 286. § I. La demeure n'est, au fond, qu'un cas spécial d'inexécution partielle. Son effet principal sera donc d'obliger à réparation dans les conditions et sous les distinctions admises en matière d'inexécution partielle en général (art. 280). C'est ainsi, par exemple, que si, dès le début, il était entendu que l'exécution au jour dit constituât un élément tellement essentiel de l'obligation que le fait de n'en fournir livraison qu'après le jour fixé dût en faire une obligation toute différente de celle qui avait été stipulée, il y aurait dans ce cas, par le fait seul de la demeure, inexécution totale, sans autre preuve à fournir; le créancier, dans cette hypothèse, pourrait demander réparation pour le tout. Si, au contraire, ce n'est qu'après coup que le fait d'une exécution tardive ait pris ce caractère de n'être plus d'aucune utilité pour le créancier, celui-ci, pour être autorisé à refuser l'exécution et à demander indemnité pour le tout, aura donc à faire la preuve du défaut d'intérêt que lui offrirait l'exécution ainsi différée. Toute cette réglementation correspond à celle de l'article 280. Cette preuve de l'inutilité de la prestation tardive est donc indis-

térêt pour le créancier, celui-ci peut, sous la condition de rejeter la prestation, exiger réparation de dommage pour inexécution. Les dispositions des articles 346 à 356 admises en ce qui concerne le droit de résiliation contractuelle reçoivent application correspondante.

Art 287. Le débiteur doit répondre de toute négligence pendant la demeure. Il est également responsable pour impossibilité,

---

pensable pour que le créancier puisse demander réparation en argent pour inexécution totale; il serait dispensé de cette preuve dans le cas de l'article 283; aussi, peut-il encore, s'il veut obliger le débiteur à en finir et s'il veut mettre fin aux incertitudes qui se prolongent, recourir à la procédure de l'article 283. Ce sera pour lui un nouveau retard à subir; mais il y gagnera de rendre la situation plus nette et plus sûre (cf. *Bull.*, 1895, p. 780).

§ II. S'il s'agit de contrat synallagmatique, il y aurait encore, au choix du créancier, et sous les conditions de preuve admises par la loi, la ressource de la résiliation (art. 326). Le créancier pourrait donc, sans autre poursuite, fixer un délai d'exécution, passé lequel il pourra, à son choix, demander la résiliation ou la réparation intégrale, sans avoir droit désormais de poursuivre l'exécution en nature (art. 326 et la note).

Art. 287. Si la chose eut été livrée à temps, elle n'aurait plus rien eu à craindre, ni de la négligence du débiteur, ni même des cas fortuits, susceptibles de la menacer entre les mains du débiteur; de là, conformément au droit commun, la règle suivant laquelle, à partir de la demeure, le débiteur répond de toute négligence quelconque, même de celle qui ne lui aurait pas été imputable, d'après son obligation initiale, par exemple lorsqu'on n'a mis à sa charge que la faute lourde; il répond même du cas fortuit. Cependant on ne devait le rendre responsable que des pertes qui fussent la conséquence de la demeure et non de celles qui se seraient produites indépendamment de cette dernière. De là l'exception d'après laquelle la responsabilité des cas fortuits vient à cesser, s'il est établi que, même livrée à temps, la chose eût péri par cas fortuit chez le créancier; ce serait le cas, par exemple, d'un immeuble détruit par la foudre. Mais encore faudrait-il prouver que le créancier, s'il en avait reçu livraison à temps, ne l'aurait pas vendu avant l'accident, et cette preuve incombera au débiteur (Sal., *Obl.*, n°s 34 et 35). Mais il n'est

relativement à la prestation, survenue pendant la demeure par cas fortuit, à moins qu'il s'agisse de dommage qui se serait également produit si la prestation eût été faite en temps utile.

Art. 288. Une dette d'argent, pendant la demeure, produit

---

plus nécessaire d'établir, comme l'exigeait l'article 251 P[1], que la chose eût péri par le fait du même accident que celui qu'elle a subi chez le débiteur; si, par exemple, il s'agissait d'un objet que le créancier attendait pour l'expédier par un navire qui a fait naufrage, alors que la chose, pour n'avoir pas été livrée à temps, a péri chez le débiteur par suite d'un incendie allumé par la foudre, il en résultera que, même sans la demeure, elle eût péri de toute façon; et l'exception apportée à la responsabilité du débiteur s'appliquerait encore. Enfin, c'est même par cette exception, relative à la responsabilité du cas fortuit, que l'on peut comprendre l'intérêt pratique de la première disposition visant la négligence; car enfin, si le débiteur répond même des cas fortuits, quel intérêt y avait-il à spécifier qu'il dût répondre de toute faute légère, quelle qu'elle fût? C'est que c'est d'après le degré de diligence que l'on doit apprécier s'il y a cas fortuit. Or, dans les hypothèses où l'exception de responsabilité relative au cas fortuit devrait s'appliquer, il y aura lieu de se demander avant tout s'il y a vraiment cas fortuit, et non pas faute de négligence. Dans l'exemple de l'immeuble frappé par la foudre, il peut se faire que la maison ait un paratonnerre, mais en mauvais état; et la question de savoir si le défaut de réparation du paratonnerre devrait être imputé à négligence s'appréciera, en ce qui concerne le débiteur en demeure, d'après la mesure de responsabilité rigoureuse édictée par l'article 287 al. 1; et peu importe qu'il soit établi que le créancier, s'il avait pris possession de l'immeuble, n'eût pas davantage remis en état l'installation défectueuse.

Art. 288. L'abaissement à 4 p. o/o du taux de l'intérêt moratoire, qui dans les deux Projets était fixé à 5 p. o/o, est la conséquence du changement correspondant apporté par la Commission du Reichstag, en ce qui concerne l'intérêt légal (art. 246). Il faut remarquer, en outre, que la disposition finale de l'article 288, contraire au système forfaitaire de l'article 1153 C. civ. fr., paraîtra bien peu conforme aux exigences du commerce. On a expliqué le système différent admis en droit français par cette assertion, certainement erronée, que, dans le Code civil français, la demeure n'impliquait

intérêts à quatre pour cent par an. Si, en vertu d'une autre cause juridique, le créancier peut exiger des intérêts plus élevés, ce sont ces derniers qui continueront à être touchés.

Il n'est pas interdit au créancier de faire valoir son droit à réparation pour dommage supérieur.

Art. 289. Il ne peut être perçu d'intérêts moratoires pour intérêts. Le droit du créancier à obtenir réparation du dommage résultant de la demeure demeure intact.

Art. 290. Si le débiteur est obligé à fournir dédommagement correspondant à la valeur d'un objet qui a péri pendant la

---

aucune condition d'imputabilité (*contra*, Sal., *Obl.*, p. 26, note 6). On peut très bien admettre, au contraire, que la faute soit le fondement de l'indemnité, même de celle due à raison de la demeure, sans que le calcul de l'indemnité corresponde forcément à l'intégrité du dommage, si les parties sont censées avoir accepté par avance un forfait à payer (cf. *M.*, II, 62, et *Pr.*, 327, et Sal., p. 27, note 3).

Art. 289. L'anatocisme est supprimé, sans distinction à établir entre les intérêts dus en vertu de la loi et ceux dus en vertus d'une convention (voir, dans le sens contraire, art. 249 P[1]). Il est supprimé pour les intérêts échus, comme il l'était déjà pour les intérêts à échoir (art. 248). Seulement on applique ici encore la réserve finale de l'article 288, ce qui reviendra, en fait, à permettre, sous les conditions de preuve de l'article 288 *in fine*, d'obtenir un supplément d'indemnité pour intérêts en retard (cf. *Bull.*, 1895, p. 782).

Art. 290. Lorsque la chose a péri pendant la demeure et qu'on doit indemnité pour inexécution, il y a lieu de comprendre dans le calcul de l'indemnité non seulement la valeur de la chose, mais la privation de jouissance correspondant à cette valeur elle-même, puisque, si le créancier avait reçu livraison à l'échéance, il aurait bénéficié, depuis cette époque, des profits que la jouissance aurait pu lui rapporter. Aussi, le premier Projet, supposant que la valeur de la chose était calculée au jour de la demeure, déclarait-il que le débiteur devrait, à partir de la demeure, les intérêts de la somme représentative de cette valeur. Mais on a vu, sur l'article 280 (note *in fine*), que le moment

demeure ou dont, pour une cause survenue pendant la demeure, il ne peut être fait délivrance, le créancier peut exiger les intérêts du montant de l'indemnité à fournir à partir du moment qui doit être pris en considération pour fixer la valeur de l'objet. Il en est de même lorsque le débiteur est obligé à fournir dédomma-

---

auquel il faut se placer pour calculer la valeur de la chose n'est pas forcément celui où l'exécution aurait dû avoir lieu. La plupart du temps ce sera celui où la perte se sera produite; tout au moins en sera-t-il ainsi, si dans l'intervalle la chose avait augmenté de valeur et qu'il soit à présumer que le créancier, s'il avait reçu livraison à l'échéance, eût gardé la chose en sa possession. Ce pourrait même être une époque encore plus tardive. A cette augmentation de valeur aurait dû correspondre dans la réalité un accroissement de profits intérimaires, au point de vue de la jouissance; et cependant on ne pouvait pas, si on prenait comme base de calcul cette valeur de la chose à son point maximum, songer à lui faire produire intérêts, à partir de la demeure, c'est-à-dire pour une époque où cette valeur n'eût pas existé, au moins à ce degré. La Commission du Reichstag, à qui est due la modification apportée au texte primitif, a accepté l'idée d'un forfait. Au lieu de considérer les intérêts à payer comme destinés à représenter la jouissance dont a été privé le créancier, à l'entendre de la jouissance de la chose elle-même, on a admis que, du moment qu'il s'agissait d'une somme à payer, somme que le créancier aurait dû toucher, ce sont les intérêts moratoires de cette somme que l'on devait avoir en vue, et que par suite il fallait traiter le créancier comme il l'aurait été s'il avait touché la somme qui lui est due au jour où elle s'est trouvée acquise, c'est-à-dire à celui auquel on s'est placé pour en calculer le montant. De cette façon sans doute il ne recevra pas d'équivalent pour la perte de jouissance intérimaire entre le jour de la demeure et celui pris pour base de l'estimation de valeur; mais, d'autre part, les intérêts lui seront payés sur une valeur plus élevée que celle qui lui aurait servi de base si on les eût fait courir de la mise en demeure. Seulement, tous les auteurs admettent que le créancier pourra réclamer un supplément d'indemnité pour la privation de jouissance intérimaire dont il sera à même de fixer l'appréciation pour le temps écoulé entre la mise en demeure et l'époque à partir de laquelle on lui paye intérêts (art. 286; cf. art. 849; Pl., p. 66-67; Scholl., p. 131; *Bull.*, 1895, p. 787; et surtout Kipp. sur Wind. [éd. 1900], II, p. 138-139).

gement pour la diminution de valeur d'un objet détérioré pendant la demeure.

Art. 291. Pour une dette d'argent, le débiteur doit payer

Art. 291. On a voulu prévoir, par cette disposition, le cas, assurément rare, dans lequel, en matière de dettes d'argent, la poursuite n'aurait pas constitué le débiteur en demeure, parce que, pour prendre l'exemple le plus pratique, il aurait eu les motifs les plus excusables de ne pas se croire débiteur et que sa résistance n'eût impliqué aucune faute de sa part (art. 285). Fallait-il en conclure qu'il ne devrait pas de dommages-intérêts intérimaires pour le retard apporté au payement? Sans doute, en matière de dettes d'argent, le débiteur a toujours à répondre de l'impossibilité même fortuite d'exécution (art. 279). Mais, cette disposition de l'article 279 vise l'impossibilité, et non le refus d'exécution. Lorsque le refus d'exécution est fondé, non pas sur le fait qu'on ne peut pas payer, mais sur la circonstance qu'on nie la dette, l'article 279 ne s'applique plus, et c'est l'article 285 qui est en cause : d'où il suivrait que le créancier n'aurait pas droit aux intérêts moratoires. L'article 291 accepte cette solution pour l'intervalle qui s'étend entre l'époque où la livraison aurait dû être faite, et l'on peut songer à une dette à jour fixe dans laquelle la demeure aurait dû résulter de la seule échéance du terme sans autre sommation (art. 284), et le jour où l'instance est définitivement liée (art. 263, 281, 693. 695 C. Pr. all.). Pour tout le temps qui s'écoule entre ces deux limites, il n'est pas dû d'intérêts. Mais, à partir de ce dernier terme, c'est-à-dire du jour où l'instance est liée, le débiteur, bien qu'il soit excusable de s'être cru en droit de résister, a dû cependant accepter l'éventualité du jugement et accepter les risques qui peuvent en provenir : il a dû réserver les intérêts échus à partir du début de l'instance, pour les remettre au créancier pour le cas où celui-ci aurait gain de cause. De là, par conséquent, la solution acceptée par l'article 291. Mais il faut remarquer que ces intérêts représentent simplement la privation de jouissance que la résistance du débiteur a valu au créancier, et non une réparation du dommage causé par la faute du débiteur, puisque celui ci n'est pas en faute. Il n'y a donc pas demeure proprement dite; il n'y a pas intérêts pour demeure du débiteur. Et voilà pourquoi on n'appliquera pas celle des dispositions des articles 288 et 289 qui donne au créancier le droit d'exiger supplément d'indemnité pour dommage dépassant le montant des intérêts moratoires fixés par la loi.

intérêts à partir du moment où il y a litispendance, encore qu'il ne soit pas en demeure; si la dette ne vient à échéance que postérieurement, elle doit produire intérêt à partir de l'exigibilité. Les dispositions de l'article 288 al. 1 et de l'article 289 pr. 1 reçoivent application correspondante.

Art. 292. Lorsque le débiteur doit faire délivrance d'un objet déterminé, la prétention du créancier à réparation de dommage pour détérioration, perte ou impossibilité de restitution due à toute autre cause, se détermine, à partir du moment où il y a litispendance, conformément aux dispositions applicables dans les rapports entre propriétaire et possesseur à partir du moment où il y a litispendance en matière de revendication, à moins que, du rapport d'obligation ou de la demeure du débiteur, ne résulte qu'il doive en être autrement en faveur du créancier.

Art. 292. § I. L'article 292 forme l'équivalent, pour les dettes ayant pour objet la restitution d'une chose corporelle, de ce qu'était l'article 291 pour les dettes d'argent. Il prévoit le cas d'une poursuite qui, par elle-même, n'aurait pas été constitutive de mise en demeure, par application, par exemple, de l'article 285. Donc, à partir du moment où l'instance est liée, celui qui est tenu à restitution doit s'attendre, en dépit des raisons qu'il peut avoir de croire le contraire, à être condamné à livrer la chose à son adversaire. Aussi exige-t-on de lui, quelle que soit la nature de l'action dont il est tenu, personnelle ou réelle, les mêmes soins relativement à la chose et lui impose-t-on les mêmes responsabilités et également les mêmes obligations, quant à la restitution des produits et revenus intérimaires, que lorsqu'il s'agit des conséquences de l'action en revendication, telles qu'elles sont exposées aux articles 989 et suivants.

§ II. Là encore il ne s'agit pas d'un dommage pour demeure du débiteur, mais d'une série d'obligations qui lui sont imposées pour des raisons analogues à celles indiquées en note sur l'article 291. Aussi n'y aurait-il pas à compléter ou corriger les principes de responsabilité établis aux articles 989 par les règles des articles 286 et 287, dans la mesure où ces dernières se trouveraient être plus rigoureuses.

Il en est de même de la prétention du créancier à restitution ou à rémunération de profits, ou de celle du débiteur en dédommagement d'impenses.

TITRE DEUXIÈME.

DE LA DEMEURE DU CRÉANCIER.

Art. 293. Le créancier est constitué en demeure, dès qu'il n'accepte pas la prestation qui lui est offerte.

Art. 294. La prestation doit nécessairement être offerte au créancier sous forme réelle, telle qu'elle devait être effectuée.

Art. 293. Il s'agit ici, et en cela consiste toute la théorie de la demeure du créancier, d'attribuer aux offres, à elles seules, et indépendamment de la consignation, certains effets juridiques, destinés à empêcher que le débiteur ait à supporter aucun dommage d'une prolongation injustifiée de son obligation. Aussi l'idée de faute, en dépit des opinions divergentes qui ont pu s'élever à cet égard (cf. Sal., nos 38-40), doit-elle rester étrangère à cette théorie de la demeure du créancier (cf. art. 363, note § IV); et c'est par là surtout que se trouverait inexact la parallélisme que l'on a voulu parfois établir entre cette théorie et celle de la demeure du débiteur. On trouvera cependant, à ce principe que l'idée de faute n'a pas à entrer en ligne, une atténuation à l'article 299, alors que l'on peut y voir une exception à l'article 367 al. 2. Quant à l'offre constitutive de la demeure du créancier, peu importe qu'elle émane du débiteur ou d'un tiers, tant que, dans ce dernier cas, il n'y est pas formé opposition du chef du débiteur (art. 267).

Art. 294. Le principe dominant, en ce qui concerne les conditions de la demeure pour défaut d'acceptation, est que le créancier est en demeure dès que le débiteur a fait de son côté tout ce qui lui incombait pour l'exécution de l'obligation, tandis que lui-même se refuse à coopérer à cette exécution, dans la mesure où sa participation se trouvait requise. Et l'article 294 vise tout d'abord l'hypothèse où cette participation du créancier devait se réduire à l'acceptation de l'exécution, ou du payement tel qu'il lui est offert. Aussi exige-t-on, puisque l'acceptation du créancier est le seul élément qui doive se

Art. 295. Une offre verbale de la part du débiteur est suffisante, lorsque le créancier lui a déclaré qu'il n'accepterait pas la

---

trouver faire défaut pour que le payement soit acquis et la libération réalisée, que les offres émanant du débiteur soient des offres réelles ou plutôt des offres effectives, c'est-à-dire comprenant la réalisation de la part du débiteur de tous les éléments de fait qui lui incombent pour l'exécution de l'obligation (cf. Rosenberg, *Der Verzug des Gläubigers* dans *Iher. Iahr.*, ann. 1901 [t. 43], p. 156). Une offre verbale ou par écrit, en principe, ne suffirait pas. Il faudra donc que la prestation, telle qu'elle est offerte, corresponde exactement au contenu de l'obligation, soit quant à son objet, soit quant aux conditions de temps et de lieu; et c'est ainsi qu'une offre partielle, si elle est refusée, serait exclusive d'une mise en demeure du créancier (art. 266; cf. art. 367).

Art. 295. § I. L'article 295 indique dans quel cas il serait fait exception au principe des offres réelles de l'article 294; et la première hypothèse est celle où le créancier aurait déclaré qu'il n'accepterait pas la prestation. On ne peut obliger le débiteur, en présence de cette déclaration, à entreprendre les démarches nécessaires pour les offres réelles.

§ II. En second lieu, l'article 295 prévoit une série d'hypothèses qui rentrent dans le cas où la participation à exiger du créancier consiste en un fait positif, en une démarche, ou, d'une façon générale, en toute autre chose que la simple acceptation de l'offre. Pour qu'en pareil cas l'offre verbale suffise, il faut supposer que le fait mis à la charge du créancier doive intervenir le premier pour que le débiteur, de son côté, effectue l'exécution de ce qu'il doit. Tant que le créancier n'a pas pris l'initiative de la démarche qui lui incombe, le débiteur ne peut que se restreindre à des offres verbales; aussi les déclare-t-on suffisantes, et on leur assimile, cela va de soi, le fait d'exiger du créancier qu'il accomplisse la démarche préalable qui lui incombe : offre verbale ou invitation faite au créancier d'avoir à faire ce qui lui incombe sont, l'une et l'autre, des déclarations unilatérales auxquelles s'appliqueront les articles 130 et 131. Il faut remarquer, toutefois, qu'elles doivent forcément émaner du débiteur, bien que, s'il s'agissait d'offres réelles, celles-ci, même si elles provenaient d'un tiers, suffiraient à constituer le créancier en demeure. C'est que, lorsque ce dernier a une démarche préalable à accomplir, on ne peut l'obliger à l'effectuer sur la simple sommation d'un tiers qui se déclare prêt à exécuter aux lieu et place du débiteur.

prestation ou que, pour effectuer la prestation, un fait est nécessaire de la part du créancier, en particulier lorsque c'est au créancier à aller prendre livraison de la chose due. Est assimilée à l'offre de la prestation l'invitation adressée au créancier d'avoir à procéder au fait qui lui incombe.

Art. 296. Si, pour le fait auquel le créancier doit procéder, une

---

§ III. L'application principale de la seconde série d'hypothèses prévues par l'article 295 se rencontrera à propos des dettes payables au domicile du débiteur, et l'on sait qu'elles constituent le droit commun (art. 269), au moins lorsqu'il ne s'agit pas de dettes d'argent (art. 270). Si le créancier ne se présente pas à l'échéance pour toucher ce qui lui est dû, il suffira donc d'une offre verbale à lui adressée par le débiteur, pour qu'il soit en demeure. De même au cas de dette alternative, lorsque le choix appartient au créancier, et tant que ce dernier n'a pas déclaré son option. On trouvera d'autres exemples dans Planck (p. 70-71). Et l'on peut citer également l'application intéressante qui peut être faite de cette disposition, lorsqu'il s'agit de contrats pour autrui; la demeure résulte-t-elle du seul fait que le tiers bénéficiaire refuse d'accepter la prestation ou qu'il se refuse à exécuter les démarches qui pouvaient lui être imposées d'après la nature de la prestation? Il semble bien que, sur la question ainsi posée, l'affirmative doive s'imposer et qu'il n'y ait qu'à appliquer les principes généraux des articles 294 et suivants, mais sans qu'on doive forcément en conclure, comme Planck sur l'article 335, que ce refus du tiers constitue, pour le promettant, une impossibilité d'exécution qui, ne lui étant pas imputable, doive le libérer de son obligation et entraîner l'application de l'article 323. Il suffit de lui donner les droits résultant de la demeure et surtout le droit de procéder à la consignation (cf. Hellwig, *Verträge auf Leistung an Dritte*, p. 113 et suiv.).

Art. 296. Lorsqu'un délai à échéance fixe a été établi pour la démarche du créancier, par exemple pour venir prendre livraison ou venir toucher son payement, ce qui pourra se présenter fréquemment en matière de titres au porteur, le créancier sera constitué en demeure par la seule échéance du terme, sans que, s'il ne s'est pas présenté au jour dit, des offres soient nécessaires de la part du débiteur. Mais, s'il se présente, pour qu'il y ait demeure proprement dite, il faut que des offres régulières aient été faites. La disposition

époque a été fixée d'après le calendrier, il n'est besoin d'offre que si le créancier a procédé au fait en temps utile. Il en est de même lorsqu'un acte de dénonciation doit précéder le fait et que l'époque, pour ce qui est du fait, est fixée de telle manière qu'elle doive se calculer d'après le calendrier à partir de la dénonciation.

Art. 297. Le créancier n'est pas constitué en demeure, lorsque le débiteur, à l'époque de l'offre ou, dans le cas de l'article 296, à celle fixée pour le fait du créancier, n'est pas en état d'effectuer la prestation.

Art. 298. Si le débiteur n'est obligé à faire la prestation

---

de l'article 296 est donc, pour ce qui est de la demeure d'accepter, l'analogue de ce qu'est la règle *Dies interpellat pro homine*, pour ce qui est de la demeure d'exécuter. Et, peut-être, pourrait-on trouver une application intéressante de cette mise en demeure par le seul fait, de la part du créancier, de ne pas se présenter pour prendre livraison, au cas de consigne de bagages à l'arrivée du voyageur, lorsque celui-ci ne se présente pas pour les retirer et les laisse en dépôt.

Art. 297. Il allait de soi que, si le débiteur fait une offre qu'il soit hors d'état d'exécuter, celle-ci n'est qu'apparente; aussi devient-elle insuffisante à constituer le créancier en demeure. Cette éventualité d'une offre actuellement irréalisable est présentée comme faisant obstacle aux effets normaux des offres réelles; il en résulte qu'elle est considérée comme devant constituer une exception sur laquelle le créancier puisse s'appuyer pour repousser les effets de la mise en demeure. Ce sera donc à lui de faire la preuve du bien fondé du moyen de défense qu'il invoque; il devra établir qu'au jour où le débiteur faisait l'offre, celle-ci n'aurait pu être exécutée par lui. Il n'en était plus de même dans l'article 255 P[1], où cette possibilité de réalisation était présentée comme une condition préalable de l'efficacité de l'offre au point de vue de la demeure du créancier; la preuve en eût été à la charge du débiteur. Mais il a paru que ce système était en contradiction avec les usages et les nécessités pratiques; de là, par conséquent, la nouvelle rédaction de l'article 297 (cf. *Bull.*, 1895, p. 791 et suiv.).

Art. 298. § I. L'hypothèse visée par l'article 298 rentre parmi celles dont

que contre une prestation du créancier, le créancier est constitué en demeure lorsque, tout en étant prêt à accepter la prestation offerte, il n'offre cependant pas la contre-prestation exigée.

---

parle l'article 295, dans lesquelles un fait de coparticipation préalable est à exiger du créancier pour que l'exécution doive intervenir de la part du débiteur. Ce fait de coparticipation n'est pas l'exécution réelle de ce que doit le créancier; car le créancier ne peut être obligé d'exécuter le premier. Il doit exécuter en même temps, mais non avant que l'autre partie ait exécuté elle-même. Le fait de coparticipation préalable à exiger de lui est donc l'offre de ce qu'il doit; il faut qu'il réponde aux offres du débiteur par l'offre qui lui incombe. S'il ne le fait pas, l'acceptation pure et simple de l'offre qui lui est faite est non avenue; car cette offre ne lui était faite que sous la condition d'une offre réciproque, et cette condition n'est pas remplie. La solution ainsi donnée par l'article 298 s'appliquera non seulement au cas de contrat synallagmatique, mais dans toutes les hypothèses dans lesquelles il y aura lieu à exécution concomitante, comme au cas de l'article 273 (cf. art. 601 al. 2, 670, 683, 693, etc.).

§ II. Planck fait remarquer, en outre, que l'offre du débiteur contiendra presque toujours, au moins implicitement, une sommation adressée au créancier d'avoir de son côté à exécuter ce qu'il doit, mais que cependant l'efficacité de la demeure du créancier, entendue d'une mise en demeure d'accepter, n'est pas subordonnée à la demeure qui puisse l'atteindre comme débiteur, et entendue d'une mise en demeure d'exécuter; car cette dernière est subordonnée à la faute. Si donc il n'offre pas ce qu'il doit parce qu'il a des raisons au moins apparentes de croire l'obligation inexistante, il ne sera pas constitué en demeure comme débiteur; mais il n'en sera pas moins constitué en demeure comme créancier, car la demeure d'acceptation est indépendante de la faute (Pl., p. 73).

§ III. Il faut noter enfin que le fait pour le créancier de se refuser à exécuter ce qu'il doit est présenté, cette fois, comme une condition préalable de l'efficacité de la mise en demeure réalisée par les offres du débiteur; c'est donc à ce dernier à prouver, s'il veut invoquer la demeure du créancier, que son adversaire a refusé de faire les offres qui lui incombaient. Les raisons pratiques qui ont fait admettre l'interversion de preuve de l'article 297 ne se retrouvaient plus dans cette hypothèse.

Art. 299. Si l'époque de la prestation n'est pas fixée ou que le débiteur ait droit de faire la prestation avant l'époque fixée,

---

Art. 299. § I. La disposition de l'article 299 se présente, au moins à l'apparence, comme une exception au principe de l'article 293, d'après lequel la demeure d'acceptation est indépendante de toute idée de faute. L'application rigoureuse de cette règle aurait pu, en effet, constituer une grande injustice pour le créancier, dans les cas où le débiteur peut exécuter à une époque indéterminée, et par suite au jour choisi par lui. Il s'agit d'hypothèses où le créancier pouvait être incessamment surpris par l'offre du débiteur ; et il y avait à craindre que celui-ci, puisqu'il avait le choix, profitât d'un empêchement momentané du créancier pour le forcer à recevoir la prestation, et par suite, puisque par supposition il y a impossibilité de sa part à la recevoir, pour le constituer en demeure, en dehors de toute faute qui lui fût imputable. C'eût été une prime à l'esprit de chicane. De là, pour y obvier, la disposition de l'article 299, qui, en fait, deviendra presque la règle de droit commun, puisqu'elle s'appliquera lorsque le terme sera dans l'intérêt du débiteur et que, dans le doute, c'est cette dernière présomption qui l'emporte (art. 271). Peut-être aurait-on dû admettre, même en dehors de toute disposition formelle, que, dans les hypothèses ainsi visées, la sommation d'accepter, lorsqu'elle eût constitué une sorte de surprise de la part du débiteur à l'encontre du créancier, aurait dû être considérée comme un abus de droit (art. 226), ou tout au moins comme un procédé d'exécution contraire à la loyauté commerciale (art. 242). Dans la réalisation du contenu de son droit, le créancier aurait manqué à la loyauté et à la confiance réciproque exigées entre parties. Mais, pour écarter tous les doutes à cet égard, on a préféré édicter une disposition formelle qui tranchât la difficulté.

§ II. Il faut, pour que le créancier puisse se prévaloir du droit que lui confère l'article 299, que l'impossibilité dont il se prévaut ait été purement passagère. Si elle était définitive, comme dans les cas où l'exécution de la part du débiteur eût exigé, de la part du créancier, un fait de participation préalable, devenu désormais impossible, on ne pouvait admettre que le débiteur vît sa libération aggravée par cette éventualité. Il fallait qu'il pût obtenir sa libération, sous les conditions du droit commun relativement aux effets de la demeure du créancier.

§ III. Enfin le débiteur peut écarter par avance l'application de l'article 299, lequel menace éventuellement d'inefficacité les offres qu'il pourrait faire, en

le créancier n'est pas constitué en demeure par cela seul qu'il est empêché, par une cause purement passagère, d'accepter la prestation offerte, à moins que le débiteur lui ait signifié d'avance, à un délai convenable, l'annonce de la prestation.

Art. 300. Le débiteur n'a, pendant la demeure du créancier,

---

fixant au créancier une date d'exécution, pourvu qu'il la fasse à un délai suffisant. Cette fixation implique que le créancier devra se trouver prêt à accepter au jour dit. Mais si le débiteur ne réalise pas l'offre à la date qu'il a fixée, la signification qu'il a adressée est désormais non avenue, et les offres ultérieures qu'il pourrait faire auront leur efficacité subordonnée aux moyens de défense que l'article 299 donne au créancier. Cette signification est un acte unilatéral soumis à l'application des articles 130 et suivants. Ce n'est pas un acte procédural, mais une simple déclaration de volonté, de caractère privé.

Art. 300. § I. La mise en demeure d'accepter ne pouvait produire à elle seule la libération du débiteur; mais elle la prépare en rendant admissible la consignation (art. 372) et en produisant, d'ores et déjà, une libération partielle du débiteur, consistant dans une atténuation de responsabilité. Il ne faut pas, en effet, que le retard du créancier aggrave l'obligation du débiteur, et c'est ce qui arriverait si ce dernier continuait à être tenu de la responsabilité spéciale qui tient à sa qualité de débiteur par rapport à l'exécution de la dette. Il ne peut être tenu par rapport à la chose due et en ce qui touche également les autres prestations, démarches à entreprendre, faits à réaliser, travaux à fournir et autres, nécessaires à l'exécution de ce qu'il doit, que dans la mesure où les tiers peuvent être tenus de ne pas léser les droits d'autrui; et le droit dont il s'agit ici n'est pas un droit de propriété sur une chose appartenant déjà à autrui, c'est un droit de créance appartenant à autrui contre le débiteur. Ce dernier ne sera plus responsable désormais que de sa faute intentionnelle et de sa faute lourde. Il en sera ainsi principalement en ce qui concerne la garde et la conservation de la chose due. On peut supposer une chose transportée au domicile du créancier, en vue des offres réelles, et celui-ci la refusant, de telle sorte que le débiteur, s'il ne peut la faire réexpédier à son domicile, est obligé d'en assurer la conservation au lieu où réside le créancier. Sa responsabilité se mesurera au minimum établi par l'article 300, alors cependant que sa responsabilité initiale, par rapport

à répondre que de son fait intentionnel et de sa négligence grossière.

à la garde de la chose, aurait dû s'étendre à toutes les fautes susceptibles de rentrer sous l'application de l'article 276. Cette atténuation de responsabilité s'appliquera donc non seulement aux soins de conservation de la chose, mais à tous les faits qui rendraient impossibles les mesures à prendre, de quelque nature qu'elles soient, pour réaliser l'exécution de l'obligation (cf. PL., 74).

§ II. Cette limite minima de responsabilité devait s'appliquer également à la dette de genre, au cas de demeure du créancier, dès que, l'obligation s'étant individualisée, le débiteur est tenu désormais de la chose sur laquelle sa dette se trouve porter, comme il le serait s'il s'agissait d'une obligation de corps certain. Et le moment où cette transformation s'opère est indiqué par l'article 243, auquel il semblerait qu'il n'y eût qu'à se reporter. A partir du moment où il y a concentration de l'obligation sur une chose individualisée, la responsabilité des cas fortuits, établie par l'article 279, cesse de se maintenir, et le débiteur, si le créancier se trouve en demeure, ne sera tenu par rapport à la chose due que dans la mesure de la première disposition de l'article 300 : il ne sera tenu, par rapport à la perte survenue, que de son dol et de sa faute lourde. Aussi semblerait-il qu'une disposition nouvelle eût été inutile. Mais l'article 243, pour indiquer le moment où cette individualisation se produit, emploie lui-même une formule qui a besoin d'explication, et qui, on l'a déjà vu en note sur l'article 243, paraît se référer avant tout à la mise en demeure du créancier. On aurait donc dû en conclure que, dès que le créancier, par rapport à une dette de genre, se trouverait en demeure par suite de l'un des faits indiqués aux articles 293 à 299, l'article 243 s'appliquerait, en ce sens qu'il y eût individualisation de l'obligation et que, par suite, sa responsabilité se réglerait, par rapport à cette chose, non plus d'après l'article 279, mais conformément à l'article 300 al. 1. En d'autres termes, le transfert des risques en matière de dettes de genre et l'individualisation de l'obligation doivent résulter du même fait. Mais quel sera ce fait? Fallait-il, pour cela, s'en remettre à la formule un peu vague de l'article 243? Ou bien a-t-on voulu éclairer la formule de l'article 243 par la disposition de l'article 300? Telle est, en effet, la pensée du Code civil. Mais alors, s'il en est ainsi, va-t-on s'en remettre au fait pur et simple de la mise en demeure du créancier, pour réaliser, en matière de dettes de genre, à la fois le transfert des risques

S'il est dû une chose déterminée seulement d'après son genre, les risques passent au créancier au moment même où il se trouve

---

et l'individualisation de l'obligation? Ou bien allait-on, pour réaliser ce double résultat, établir, pour les dettes de genre, de nouvelles conditions spéciales, dérogeant au droit commun des articles 294, 295 et 296 sur la mise en demeure? Telles sont les questions qui se posaient et auxquelles le second alinéa de l'article 300 a eu pour but de répondre (cf. art. 304, note § III).

§ III. L'article 300 al. 2 a donc eu pour objet, en ce qui concerne la demeure du créancier, et par rapport aux dettes de genre, d'indiquer sous quelles conditions cette mise en demeure correspondrait à la formule de l'article 243 et réaliserait l'ensemble des faits d'exécution matérielle incombant au débiteur pour que sa coopération à l'exécution soit achevée (note sur art. 243). La pensée de la loi, suivant la formule du premier Projet (art. 257 P[1]), est que ces conditions devront coïncider avec celles qui seraient exigées pour que les risques passassent au créancier. La question revenait donc, comme on l'a vu au paragraphe II, à indiquer à quel moment, et par suite de quels faits, en matière de dettes de genre, les risques passeraient au créancier. Lorsqu'il s'agit de dette de corps certain, ce transfert des risques, dans le sens où la question se pose en matière de contrats synallagmatiques, se produit au moment de la demeure du créancier (art. 324). Fallait-il admettre, lorsqu'il s'agirait de dettes de genre, que ce transfert des risques se réaliserait par le seul effet de la demeure, et dès qu'il y aurait demeure du créancier? Ce qui pouvait faire naître le doute, c'est que, pour certaines hypothèses, la mise en demeure est acquise par le fait seul qu'il y a eu des offres verbales (art. 295), et que pour d'autres il n'est même pas besoin d'offres d'aucune sorte (art. 296). Admettrait-on, si la demeure du créancier, en matière de dettes de genre, se produit sous les conditions des articles 295 et 296, qu'il y ait toujours, par le fait seul, transfert des risques au créancier et individualisation de l'obligation au sens de l'article 243? Ce qui aurait pour conséquence de restreindre la responsabilité du débiteur à la mesure minima de l'article 300 al. 1.

§ IV. Or, la question se posant sous cette forme, le Code civil a entendu que le transfert des risques ne se produisît pour les dettes de genre que si la demeure résultait d'une offre individualisée et refusée par le créancier; ce qui écarte déjà *a priori* toutes les hypothèses où la mise en demeure n'exigerait

constitué en demeure par le fait de ne pas accepter la chose offerte.

---

aucune offre d'aucune sorte de la part du débiteur (art. 296). Mais on s'est demandé si cette formule pourrait trouver son application dans les cas où l'on se contente d'une offre verbale. On aurait pu soutenir que le fait d'offrir une chose individualisée, lorsque c'est l'offre elle-même qui doit l'individualiser et que cette individualisation ne résulte pas de l'obligation initiale, ne pourrait se réaliser que par une offre réelle. Il a été reconnu toutefois, au moins par Planck (p. 75) et Schollmeyer (144-145), que la formule de l'article 300 n'exigeait aucunement qu'il y ait offres réelles, mais impliquait qu'il y ait individualisation matériellement réalisée, de telle sorte que, dans les cas où l'article 295 se contente d'une offre verbale, par exemple, parce que le créancier a par avance annoncé son intention de refuser l'offre, il ne suffirait pas, pour le transfert des risques, de faire savoir au créancier qu'on lui offre et qu'on tient à sa disposition une chose de l'espèce indiquée; il faudrait que cette chose ait été matériellement mise à part et séparée des autres par le débiteur. Cette séparation matérielle accompagnée d'offres verbales, dans les cas où les offres verbales suffisent à la mise en demeure, opérera individualisation juridique de l'obligation au sens de l'article 243, et en vue de l'application de l'article 300 al. 1 (cf. Crome, § 164, notes 12 et 13). Voilà donc une hypothèse où, sous les conditions spécifiées, la séparation suffirait à la concentration de l'obligation (art. 243 à la note). Il ne faudrait donc pas dire, on vient de le voir, que cette concentration s'opère toujours dès qu'on se trouve dans les conditions légales d'une mise en demeure du créancier.

§ V. Il paraît bien enfin aller de soi que, dans tous les cas où il y aurait transfert des risques, même indépendamment de toute question relative à la mise en demeure du créancier, il faudrait appliquer par analogie la première disposition de l'article 300, et décider que le débiteur désormais ne répondant plus que de son dol et de sa faute lourde, il y aura libération par cas fortuit dès que la perte sera survenue par suite d'un fait ne rentrant plus sous l'application de la double condition d'imputabilité de l'article 300 al. 1. Ce serait le cas de l'article 447. La chose aurait dû être livrée au domicile du débiteur; celui-ci accepte de l'expédier au créancier. Par le fait de l'expédition, son obligation se concentre sur l'objet remis aux agents chargés du transport. Le créancier n'est cependant pas en demeure. Dira-t-on que le débiteur, par rapport à la chose expédiée, reste tenu de toute faute sous les conditions de

l'article 276? Il n'y aurait perte fortuite à son égard que si la perte se produisait en dehors de toute faute de sa part appréciée d'après l'article 276; et c'est alors également, s'il s'agit de contrat synallagmatique, que, conformément à l'article 447, les risques seraient à la charge du créancier, en ce sens que celui-ci resterait tenu de son prix. Faut-il dire, au contraire, qu'il y a cas fortuit pour le débiteur dès que la perte ne répond plus aux conditions d'imputabilité de l'article 300 al. 1? Il semble bien que cette dernière assimilation doive l'emporter. Mais on comprend qu'il puisse y avoir controverse. Nous ne sommes plus dans l'hypothèse exacte de l'article 300; et d'autre part, la formule de l'article 447 vise l'effet par rapport au créancier de la libération par cas fortuit, sans indiquer à quelles conditions cette libération aura lieu.

§ VI. Enfin, restera à se demander si, par voie d'analogie, il n'y aurait pas lieu d'appliquer à l'obligation alternative ce qui est dit du transfert des risques en ce qui touche les dettes de genre. Si le débiteur à qui le choix est censé appartenir offre l'une des choses au créancier qui la refuse, de telle sorte qu'il soit en demeure sous les conditions de l'article 300 al. 2, et que, pendant la demeure, la chose offerte vienne à périr par cas fortuit, faudra-t-il dire que l'obligation s'était concentrée sur la chose offerte, de telle sorte qu'ayant péri depuis la demeure le risque soit pour le créancier? Le débiteur serait libéré, bien que le créancier restât tenu de ce qu'il aurait à fournir. Faut-il croire, au contraire, que cette solution implique que le débiteur puisse encore choisir la chose qu'il avait offerte et qui a péri, au lieu d'en être réduit à celle qui subsiste, alors que ce choix n'est maintenu au profit du débiteur que lorsque la chose a péri par la faute du créancier (art. 265)? Or la demeure ne suppose pas forcément qu'il y ait faute (art. 293). Il faudrait donc prouver la faute; le simple fait de la demeure du créancier, sous les conditions de l'article 300 al. 2, ne suffirait pas, en cette matière, pour le transfert des risques. La question peut être sujette à controverse, bien que la première solution paraisse la plus conforme aux principes généraux. Car il ne s'agit pas de savoir à quelles conditions se fait l'individualisation de la dette, lorsque le débiteur n'a pas encore exercé son choix, ce qui est l'objet de l'article 265, — mais de savoir quand cette individualisation sera censée acquise, lorsque le débiteur a déjà fait porter son option sur l'une des choses qu'il doit. Or cette question n'est plus du domaine de l'article 265; et il semble assez vraisemblable que l'article 300, combiné avec l'article 243, ait entendu décrire comment le choix deviendrait définitif dans tous les cas où il s'agirait d'obligations qui fussent susceptibles d'une option destinée à en

Art. 301. Au cas de dette d'argent productive d'intérêts, le débiteur, pendant la demeure du créancier, n'a pas à servir d'intérêts.

Art. 302. Si le débiteur doit restituer les profits d'un objet ou en rembourser la valeur, son obligation, pendant la demeure du créancier, se restreint aux profits qu'il retire.

Art. 303. Si le débiteur est obligé à faire délivrance d'un

---

fixer l'objet (cf. Paul Hirsch, *Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge*, Leipzig, 1895, p. 256-257).

§ VII. L'article 300 n'a parlé du transfert des risques qu'en matière de dettes de genre, ce qui, pour une dette de cette nature, implique deux solutions : la première, que le débiteur ne supporte plus le risque du cas fortuit, conformément à l'article 279; et la seconde, que, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, et que la chose offerte et refusée vienne à périr sans la faute du débiteur, appréciée au taux de l'article 300 al. 1, celui-ci est libéré sans que le créancier le soit de son côté. Ce dernier effet de la demeure, relatif au maintien de la contre-prestation du créancier, au cas de libération par cas fortuit du débiteur, n'est pas signalé par l'article 300, en ce qui touche l'obligation de corps certaine, parce qu'il en est question à l'article 324.

Art. 302. Cf. art. 100.

Art. 303. § I. Il ne s'agit pas absolument, dans l'article 303, de l'ancien droit de *derelictio*, rejeté avec raison lorsqu'il s'agit d'objets mobiliers, et qui aurait été conservé en ce qui touche les immeubles. La *derelictio*, en matière de propriété, devrait encore être inscrite au livre foncier (art. 928). Il ne s'agit donc que d'un abandon de possession. Cet abandon de possession a pour but, lorsque le créancier est en demeure, de remplacer ce qu'est, en matière d'objets mobiliers, la consignation ou la vente publique autorisées par les articles 372 et suivants et 383 et suivants. Ces derniers procédés ont pour objet d'aboutir, lorsqu'il s'agit de meubles dont le créancier refuse de prendre livraison, à la libération du débiteur. On a voulu organiser quelque chose d'analogue lorsque la dette aurait pour objet la remise d'un immeuble. Cet abandon de possession aura deux effets : le premier, de dégager le débiteur de toute responsabilité par rapport à l'immeuble, au sujet duquel il ne répondra

fonds, il peut, dès qu'il y a survenance de la demeure du créancier, en abandonner la possession. Cet abandon doit nécessairement avoir fait l'objet au préalable d'un avis comminatoire à l'égard du créancier, à moins que l'avis comminatoire ne soit impraticable.

Art. 304. Le débiteur peut, au cas de demeure du créancier,

---

que de son délit civil, comme le ferait un tiers quelconque; et le second, de rendre, non pas forcément, mais le plus souvent, impossible la livraison de la part du débiteur : impossibilité purement subjective; mais cette impossibilité toute personnelle dérivant d'un fait dont il n'a pas à répondre, puisque la loi le lui a permis, suffira à le libérer de son obligation, d'après l'article 275. Seulement, s'il devait, en outre, transférer la propriété, cet abandon de possession ne le libère pas de son obligation relative au transfert. S'il rendait ce transfert impossible, il continuerait à en répondre conformément à son obligation. Il faudra donc, puisqu'il est resté propriétaire, qu'il consente à l'aliénation. Et le créancier, une fois rendu propriétaire, pourra revendiquer l'immeuble contre quiconque en aurait pris possession, par suite de l'abandon qui en eût été fait.

§ II. Cette faculté d'abandon est subordonnée à un avis comminatoire, lequel cependant pourrait être négligé si, d'après les circonstances, il dût se heurter à des difficultées qui le rendent impraticable. Et, comme le remarque Planck (p. 76), impraticable ne veut pas dire impossible; et il suppose que le débiteur ignore la résidence du créancier, de telle sorte que la notification qu'il eût à lui faire pût encore se réaliser par la voie indiquée à l'article 132. Sous cette forme, la notification ne serait pas impossible; mais, à raison des difficultés et des délais qu'elle exige, délais qui enlèveraient au débiteur tout le bénéfice de la faculté que lui accorde l'article 303, l'avis exigé par la loi paraîtra impraticable : il cessera d'être indispensable.

Art. 304. § I. Il ne s'agit pas dans l'article 304 d'une action en dommages-intérêts, susceptible de comprendre tous les dommages que la demeure du créancier aurait pu faire éprouver au débiteur. Ce système ne serait admissible que dans les théories qui font reposer la demeure sur une faute du créancier. Dans la conception du Code civil, il faudrait, pour donner droit à réparation intégrale, que le créancier se trouvât dans l'obligation de prendre livraison, ce qui arrive, par exemple, au cas de vente (art. 433,

exiger dédommagement pour frais supplémentaires qu'il a dû nécessairement faire pour l'offre restée sans résultat comme pour la conservation et l'entretien de l'objet dû.

---

cf. art. 640); en pareil cas, la demeure du créancier se trouve constituer à sa charge une véritable demeure d'exécuter, une *mora solvendi*, donnant ouverture à l'application de l'article 286.

§ II. En dehors de ces hypothèses, les dommages-intérêts résultant de la demeure du créancier se réduisent aux deux chefs d'indemnité de l'article 304. Et encore, en ce qui touche les frais de garde et de conservation, ce ne sont pas tous ceux faits par le débiteur, dont il sera tenu compte, mais ceux seulement qu'il a été obligé de faire, donc qui se sont trouvés rendus nécessaires. Le texte n'a pas voulu exprimer cette idée en parlant d'impenses nécessaires, le terme ayant un sens technique qui eût risqué d'entraîner une interprétation trop étroite et particulièrement rigoureuse. On parle des frais que le débiteur a été dans l'obligation de faire, qu'il a dû faire nécessairement, ce qui rend suffisamment la pensée de la loi de ne pas lui tenir compte de ceux qui eussent été superflus (cf. *Pr.*, p. 333).

§ III. Peut-être pourra-t-on soutenir, au point de vue de l'application de l'article 304, que, même en matière d'obligations de genre, il n'est pas inutile de constater que, dans les hypothèses prévues aux articles 295 et 296, il peut y avoir demeure du créancier, sans que cette demeure soit suffisante à opérer un transfert des risques (note sur art. 300). Car, si le débiteur n'avait à sa disposition que l'une des choses comprises dans le genre stipulé et que, pour la conserver pendant le temps que dure la demeure du créancier, il eût fait des frais supplémentaires de la catégorie de ceux prévus par l'article 304, on ne sait pas pourquoi cette disposition ne recevrait pas son application.

SECTION DEUXIÈME.

DES RAPPORTS D'OBLIGATION AYANT LEUR SOURCE DANS UN CONTRAT.

TITRE PREMIER.

DE LEUR FORMATION. — DU CONTENU DU CONTRAT.

Art. 305. Pour la formation d'un rapport d'obligation par acte juridique, comme pour toute modification du contenu d'un

---

Art. 305. Cette affirmation de principe a pour objet d'exclure l'engagement unilatéral comme mode de droit commun de formation des obligations, en tant qu'il s'agit d'obligations nées d'un acte juridique (cf. Sal., *Obl.*, n° 142 et suiv.). Il est vrai qu'on avait demandé à nouveau, même dans la seconde Commission, que l'on supprimât cette disposition, afin de laisser la question à l'appréciation de la doctrine, ce qui eût permis à la jurisprudence, tout en maintenant le principe traditionnel, de se montrer plus large au sujet des dérogations à lui apporter. Mais la majorité n'a pas été de cet avis. Toutefois, on a voulu faire allusion aux cas exceptionnels admis par la loi, afin qu'il fût bien établi que, toutes les fois que la loi accepterait qu'une obligation naquît d'une pure déclaration unilatérale de volonté, il serait permis de concevoir l'hypothèse comme une dérogation au principe de l'article 305, et comme une application de l'idée d'engagement unilatéral. On avait tout au moins proposé de déclarer dans la loi qu'il serait permis, par déclaration purement unilatérale, de renoncer à une exception affectant un droit, de même que l'on peut, par voie de renonciation unilatérale, faire abandon d'un droit réel portant sur la chose d'autrui (art. 875, 876, 1064, 1255). Mais on a craint que cette disposition fût interprétée d'une façon abusive, de telle sorte qu'on en arrivât à sanctionner de véritables donations par acte purement unilatéral (*Pr.*, VI, 163-164). L'amendement fut repoussé et la question laissée à l'appréciation de la doctrine. Celle-ci ne paraît pas disposée à étendre par voie d'analogie les dispositions des articles 875, 876, et autres analogues, aux exceptions à faire valoir en justice (Pl., p. 79; cf. art. 773).

rapport d'obligation, est exigé un contrat passé entre les intéressés, en tant que la loi n'en dispose pas autrement.

Art. 306. Un contrat qui a en vue une prestation impossible est nul.

Art. 307. Celui qui, lors de la conclusion d'un contrat ayant en vue une prestation impossible, connaît ou doit nécessairement connaître (1) l'impossibilité de la prestation est obligé à la réparation du dommage que l'autre partie éprouve pour avoir cru à la validité du contrat, sans cependant que le montant de l'indemnité puisse dépasser la mesure de l'intérêt que l'autre partie avait à la validité du contrat. Le devoir de réparation n'a pas lieu si l'autre partie connaît ou doit nécessairement connaître (1) l'impossibilité (2).

Art. 306. L'impossibilité dont il est parlé est celle que l'on est convenu de qualifier d'objective, et non celle qui serait purement personnelle au débiteur (note sur art. 275). Et encore, même au cas d'impossibilité objective, on peut admettre, ce qui sera même à présumer lorsqu'elle aura été soupçonnée des parties, que le débiteur a entendu accepter une obligation de garantie pour le cas où, l'impossibilité se vérifiant, le contrat serait nul. Il devrait alors réparation au créancier dans la mesure de l'intérêt que celui-ci aurait eu à l'exécution, ce que l'on appelle l'intérêt positif, et non plus dans la mesure seulement de l'intérêt que le créancier aurait eu à ne pas contracter, ce que l'on appelle l'intérêt négatif (note sur art. 307). Si, d'autre part, l'article 306 ne parle plus d'objet immoral, illicite ou contraire aux mœurs, ou encore tombant sous le coup d'une prohibition légale, c'est que l'on a pensé que cette disposition, en tant qu'elle viserait ces hypothèses spéciales, ferait double emploi avec celles des articles 134 et 138.

Art. 307. (1) Cf. art. 122.

(2) § I. Le Code civil allemand admet, comme pour le cas d'annulabilité pour erreur (art. 122), le droit, pour celle des parties qui subira un dommage par suite de la nullité de l'article 306, de demander indemnité pour nullité de contrat. Celle-ci correspondra, non pas à l'intérêt que cette

Ces dispositions reçoivent application correspondante, lorsque la prestation n'est que partiellement impossible et que le contrat, par

---

partie aurait eu à l'exécution, et il ne s'agira pas du dommage résultant de l'inexécution, mais elle correspondra à l'intérêt que cette partie aurait eu à ne pas contracter un contrat qui est déclaré nul. Il s'agira du dommage pour nullité de contrat; c'est l'intérêt négatif, dont il a été question en note sur l'article 122.

§ II. Ce droit à réparation, fondé en principe sur l'idée d'une *culpa in contrahendo*, avait été dégagé, dans l'application qu'en fait l'article 122, de toute idée de faute. Mais, en ce qui touche la nullité pour impossibilité de l'objet, on revient au principe traditionnel qu'il n'y a pas de responsabilité sans faute. Il est vrai qu'on ne voit pas bien la raison qu'il peut y avoir à admettre une distinction entre les deux hypothèses. Aussi, avait-on proposé d'établir sur ce point encore une responsabilité purement objective. La majorité s'y est refusée, sous prétexte qu'en admettant partiellement ce dernier système dans l'article 122, et pour des raisons purement pratiques, on n'avait pas entendu se départir de la règle générale sur la faute considérée comme fondement de la responsabilité, et que d'ailleurs, entre les hypothèses de l'article 122 et celle de l'article 307, il y avait une différence appréciable, consistant en ce que, dans le premier cas, la partie à laquelle on s'adresse n'est pas à même d'analyser la volonté de celui qui lui fait l'offre de contracter ou encore de contrôler l'exactitude de la déclaration qui lui est faite, ce qui la rend incapable de prévoir la nullité de l'acte juridique visé par la déclaration; tandis que, là où il s'agit d'impossibilité de l'objet, tout le monde, avec un peu de prévoyance et de diligence, peut être à même de s'en rendre compte. Aussi l'article 307 admet-il la possibilité d'une faute de ce genre et exige-t-il, par suite, que cette faute ait été commise pour qu'il puisse y avoir lieu à dommages-intérêts.

§ III. Cette obligation à réparation peut, d'ailleurs, exister à la charge des deux parties, et non pas seulement à l'encontre de celle qui a pris l'initiative et fait l'offre de contracter; de même qu'elle peut engager la responsabilité, non seulement de celui qui a promis l'objet impossible, mais de la partie à qui elle était due : il peut se faire, en effet, que celle-ci ait promis un équivalent, dont l'autre contractant va être privé par suite de la nullité du contrat; de là le dommage qu'il pourra avoir à subir.

§ IV. L'article 307 ne laisse pas entrevoir, en ce qui touche la faute, la

rapport à la partie restée possible, est valable, ou encore lorsque, de plusieurs prestations promises avec réserve d'option, l'une se trouve impossible.

---

possibilité d'une mesure d'appréciation susceptible de varier suivant la responsabilité spéciale afférente au contrat que l'on avait en vue, comme Ihering l'avait proposé (cf. Sal., *Obl.*, n°s 153, 157, 159); mais il ne dit pas non plus si l'on a voulu considérer cette uniformité de mesure comme se rattachant à l'idée d'une faute délictuelle, ou si l'on doit encore concevoir l'obligation à réparation comme reposant sur un accord présumé de volonté, ou sur un engagement unilatéral de la part de chacun des contractants, question de doctrine que l'on a voulu laisser à l'appréciation scientifique, sans la trancher législativement.

§ V. Quant à cette mesure de la faute, peut-être pourra-t-on attacher une certaine importance au changement de rédaction du second Projet, qui, au lieu de parler de négligence (cf. art. 345 P[1]), parlait de celui qui a connu l'impossibilité ou qui aurait dû la connaître (art. 259 P[2]), formule qui semble bien faire allusion à l'obligation de chaque contractant de prendre ses informations et de faire toutes les recherches nécessaires pour s'assurer des conditions sous lesquelles le contrat se présente (cf. note sous art. 122). Mais il va de soi que cette obligation n'est pas la même pour les deux parties, celle qui prend l'initiative, surtout si elle a en mains l'objet même du contrat, et celle à qui l'offre est faite. Pour cette dernière, ni l'obligation, ni les possibilités d'investigation ne sont les mêmes; et puisqu'on admettait, même pour elle, l'éventualité d'une faute relative à la conclusion du contrat, encore que l'autre partie, ce qui sera bien rare, n'aurait rien à se reprocher, il fallait reconnaître que, sous ce rapport, la situation des deux contractants était loin d'être la même et que le point de vue d'appréciation en ce qui touche la faute devait être différent pour l'un et pour l'autre (cf. *Pr.*, p. 450).

§ VI. Si l'article 307 ne se prononce pas sur la mesure d'appréciation de la faute, il laisse nettement entendre quelle devrait être celle du taux même de l'indemnité. Ce n'est pas l'indemnité correspondant à la valeur de la chose due, mais celle qui correspondrait au dommage que la nullité du contrat va causer à la partie demanderesse, représentant par conséquent, pour ce qui est d'elle, l'intérêt qu'elle aurait eu à la validité du contrat (note sur art. 122).

Art. 308. L'impossibilité de la prestation ne fait pas obstacle à la validité du contrat, lorsque l'impossibilité peut être supprimée

---

Art. 308. § I. L'article 308 prévoit le cas de ce que l'on appelle quelquefois l'impossibilité hypothétique. Il faut supposer, pour qu'il en soit ainsi, que la disparition de cette impossibilité ait été envisagée comme telle (cf. art. 437 et Stammler, p. 108). Et, dans ce cas, les parties ayant connu l'impossibilité, il faut admettre qu'elles ont voulu conclure un contrat sous la condition que cette impossibilité vînt à disparaître. On présume donc, si l'on prouve que l'impossibilité a été prise en considération, qu'elles auront fait, de la disparition de l'impossibilité, non un terme suspensif, mais une véritable condition; ceci par *a contrario* de l'alinéa 2 du texte, lequel vise les conditions suspensives autres que celle prévue à l'alinéa 1. Même au cas d'impossibilité purement relative, bien qu'elle ne suffise pas à annuler le contrat, on pourrait concevoir que les parties eussent fait de sa disparition une condition même de l'engagement : tous ces points sont laissés à l'interprétation du contrat (*M.*, II, 180).

§ II. Le texte se place, en second lieu, dans l'hypothèse où le contrat lui-même était à terme ou conditionnel. Il faut supposer, en outre, que le contrat porte sur une prestation impossible. Mais faut-il dire que le second alinéa du texte implique, en troisième lieu, la preuve faite d'une clause tacite analogue à celle prévue par l'alinéa 1, et consistant en ce que les parties, ayant connu l'impossibilité, auraient contracté sous une double condition, celle que la condition apposée au contrat se réalisât, et celle qu'au moment de sa réalisation l'impossibilité eût disparu? Ou bien, de ce qu'elles ont contracté à terme ou sans condition, n'en faut-il pas conclure, même si elles ont ignoré l'impossibilité, que la loi présume, que, l'eussent-elles connue, elles auraient conclu le contrat, dans la prévision de voir l'impossibilité disparaître avant l'arrivée du terme ou de la condition? Dans cette seconde théorie, la disparition de l'impossibilité a pris encore la valeur d'une seconde condition affectant le contrat (cf. Scholl., p. 159); mais c'est une condition déduite par la loi de l'existence de la première et admise par elle sous forme de présomption légale, sans qu'il y ait à prouver que les parties ont connu l'impossibilité. Cependant Planck (§ 308-2) semble bien exiger que les deux conditions aient été toutes deux prévues et voulues par les parties. Cette interprétation paraît bien contraire à la forme indépendante sous laquelle se présentent les deux alinéas du texte, et, si l'on prétendait la déduire de ce

et que le contrat a été conclu pour le cas que la prestation devînt possible.

Si une prestation impossible a été promise sous une autre condition suspensive ou sous fixation d'un terme suspensif, le contrat est valable si l'impossibilité est supprimée avant l'arrivée de la condition ou du terme.

Art. 309. Si un contrat porte atteinte à une prohibition légale, les dispositions des articles 307, 308 reçoivent application correspondante.

---

fait que l'article 308 al. 2 parle d'une autre condition, ce que l'on pourrait vouloir entendre d'une seconde condition supplémentaire, on peut répondre que ce raisonnement littéral ne s'appliquerait plus au terme suspensif et que cependant les deux hypothèses doivent être traitées de la même façon. (Voir, d'ailleurs, cette interprétation confirmée par les exemples donnés en note dans Eck, § 58, p. 294, note 1). Aussi ne serait-il plus indispensable, comme au cas du premier alinéa, qu'au jour du contrat la suppression de l'impossibilité eût été possible, pourvu qu'elle le soit devenue après, puisqu'il ne s'agit plus d'une clause tacite du contrat. Il suffira, d'ailleurs, qu'à un moment quelconque avant l'exécution du contrat, l'arrivée du terme ou de la condition, la prestation soit devenue possible, pour que le contrat ait été considéré comme efficace, alors même qu'avant l'échéance prévue une nouvelle impossibilité surviendrait. Cette dernière serait traitée alors comme lorsque l'objet dû, au cas de convention à terme ou conditionnelle, se trouve être devenu impossible après coup. Il s'agit d'impossibilité ultérieure à laquelle s'appliqueront les articles 275 et 324-325, combinés avec l'article 160.

Art. 309. L'article 309 n'applique les articles 307 et 308 que s'il s'agit de contrat qui soit contraire à une défense légale et non à ceux qui seraient contraires à la morale, parce que la partie qui demande indemnité d'après l'article 307 doit avoir ignoré l'impossibilité et que, s'il est admissible que l'on ignore une prohibition légale, il ne l'est pas que l'on ne se soit pas rendu compte de l'immoralité d'un acte; de même que, si l'on faisait de ce dernier caractère la condition d'un contrat, cette condition serait elle-même presque toujours immorale. Elle tomberait sous le coup de l'article 138.

Art. 310. Un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer son patrimoine à venir ou une partie de son patrimoine à venir, ou à le grever d'usufruit, est nul.

Art. 311. Un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer son patrimoine actuel ou une partie de son patrimoine actuel ou à le grever d'usufruit requiert constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée.

Art. 312. Un contrat portant sur la succession d'un tiers encore

---

Art. 310. La disposition de l'article 310 revient à déclarer nul tout acte par lequel on dispose par avance de ses biens à venir. Ce serait abdiquer au profit d'un tiers sa liberté d'acquisition ou plutôt sa liberté économique. Cette interdiction se relie, d'ailleurs, au silence du Code civil sur la réglementation juridique des communautés de famille et des communautés rurales, en tant qu'elles seraient fondées sur le type des anciennes communautés agricoles tenant leur patrimoine en main commune (cf. G. Cohn, *Gemeinschaft und Hausgenossenschaft* dans *Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1898, p. 115). Si l'acte de disposition porte à la fois sur les biens présents et à venir, il est nul en tant qu'il se réfère aux biens à venir; et c'est d'après le principe exposé à l'article 139 qu'il y a lieu de décider s'il reste valable pour le reste. Exceptions, d'ailleurs, aux articles 2274 et suivants et 1437.

Art. 311. La disposition de l'article 311 ne se réfère qu'au contrat destiné à fonder un rapport purement obligatoire, imposant au débiteur l'obligation de transférer, par chacun des modes d'aliénation qui leur sont propres, les différents éléments de son patrimoine. C'est ce contrat qui doit être passé sous la forme prescrite. Il n'est pas question d'un contrat d'aliénation de caractère réel portant sur l'ensemble du patrimoine : un contrat de ce genre n'existe pas dans le droit allemand. Le contrat visé par l'article 311 ne vaudra pas succession à titre universel (art. 419); chacun des biens devra être cédé par les modes de transfert qui s'y réfèrent. Et pour ce qui est des dettes, voir art. 419.

Art. 312. § I. Sur la prohibition des pactes sur succession future, voir Sal., *Obl.*, n° 148. Mais il importe de remarquer que ces pactes successoraux, lesquels sont les contrats relatifs à la succession d'un tiers, par lesquels, par

vivant est nul. Il en est de même d'un contrat portant sur la part de réserve ou sur un legs provenant de la succession d'un tiers encore vivant.

Ces dispositions ne reçoivent aucune application en matière de contrat conclu entre futurs héritiers légaux relativement à la part héréditaire légale ou à la part de réserve de l'un d'eux. Un tel contrat requiert constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée.

---

exemple, on dispose par avance de la part héréditaire que l'on espère recueillir de la succession d'un tiers, ne doivent pas se confondre avec les contrats d'hérédité de l'article 2274, par lesquels on dispose de sa propre succession. Même exception pour les contrats de renonciation à succession (art. 2346 et suiv.).

§ II. Le second alinéa est une atténuation apportée à la prohibition générale qui venait d'être posée. Elle provient d'un amendement admis par la seconde Commission. On avait fait remarquer qu'il y a des cas où il peut être extrêmement utile pour les futurs héritiers de pouvoir prendre certains arrangements entre eux relativement à la succession commune à laquelle ils doivent être éventuellement appelés, en prévision par exemple de l'absence de l'un d'eux, pour le cas où la succession s'ouvrirait avant son retour. Les Motifs (II, p. 184-185), il est vrai, renvoyaient pour cette hypothèse au contrat d'hérédité (art. 2274 et suiv.). Mais cette ressource était insuffisante, étant donné qu'un contrat de ce genre doit être passé avec celui-là même dont on doit hériter et que, par suite, cela peut entraîner souvent de très réelles difficultés ou même des impossibilités, si lui-même, par exemple, n'a plus sa raison, ou que, pour toute autre cause, on ne puisse pas contracter avec lui. On faisait observer, d'ailleurs, que les inconvénients des pactes successoraux se trouvaient considérablement atténués, lorsqu'ils avaient lieu entre futurs héritiers seulement. Et l'on mettait en avant surtout l'exemple du droit prussien (cf. *All. L. R.*, I, 11, § 446, et I, 12, § 649 et suiv.). Gierke avait déjà très vivement reproché au Projet cet abandon des traditions allemandes (Gierke, *Der Entwurf*, p. 214). Pour toutes ces raisons, la seconde Commission est revenue au système du droit prussien (*Pr.*, I, 456-457). Seulement, pour plus de garantie, on exige la forme judiciaire ou notariée.

Art. 313. Un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer la propriété existant sur un fonds requiert constatation

---

Art. 313. § I. Cette disposition est l'une de celles qui ont donné lieu, jusque devant la Commission du Reichstag, aux plus vives discussions. On avait demandé tout d'abord devant la Commission de revision, et lors de la préparation du second Projet, que l'on se contentât de la forme littérale, c'est-à-dire de la rédaction d'un écrit. On considérait que ce devait être suffisant pour empêcher les ventes précipitées. En réalité, ce que l'on visait, c'était l'exploitation des paysans par les marchands de biens; et, ce que l'on voulait empêcher, c'était les ventes conclues à l'auberge ou à la brasserie, nous dirions chez nous «chez le marchand de vins». Le principal était donc d'obliger le paysan, une fois l'affaire conclue, à réfléchir sur les clauses écrites qu'on lui présentait, de façon à ne donner sa signature qu'à bon escient. Sous ce rapport, le fait d'aller devant le juge ou devant le notaire n'ajouterait aucune garantie supplémentaire et imposerait des frais et une perte de temps qui seraient une réelle entrave en matière de transactions immobilières. Ces objections ne purent prévaloir devant la seconde Commission, d'autant que presque tous les Gouvernements, sauf peut-être les deux Mecklembourg, s'étaient prononcés en faveur de la disposition du premier Projet admettant la forme judiciaire on notariée (art. 351 P[1]); et il en était ainsi même de la part d'États, comme la Prusse ou la Saxe, qui jusqu'alors ne connaissaient aucune solennité de forme pour les contrats de ce genre. Ce fut la préoccupation de ces affaires de cabaret ou de brasserie qui fut décisive; si on se contente d'un écrit, le marchand de biens apportera le papier tout préparé dans sa poche, et le paysan n'aura plus qu'à signer entre deux verres de bière; on a voulu, en le forçant à aller devant le juge ou chez le notaire, l'obliger à réfléchir, au besoin, comme on l'a dit expressément, à en parler à sa femme, de telle sorte qu'il ne fût pas pris au dépourvu. Du reste, cette exigence ne devait pas changer grand'chose à la pratique actuelle, car toutes les affaires un peu sérieuses se font devant notaire; il n'y a que pour des ventes de parcelles insignifiantes que la question pouvait être douteuse. Or c'est précisément ce morcellement excessif de la propriété qu'il faut éviter; et c'est pour ces aliénations sans importance apparente qu'il importe surtout de garantir le sérieux de l'opération (*Pr.*, I, 459 et suiv.). On avait demandé d'ailleurs, pour les États où la tenue des registres fonciers pourrait appartenir à d'autres fonctionnaires qu'à ceux de l'ordre judiciaire, que le contrat

authentique sous forme judiciaire ou notariée. Un contrat qui aurait été conclu sans l'observation de cette forme devient valable

---

obligatoire de transfert pût également se conclure devant eux : il y est donné satisfaction par l'article 142 de la Loi d'introduction. Il paraît bien, cependant, que ce principe de solennité rencontre encore de nombreux adversaires, au moins dans les États où il n'existait pas antérieurement au Code civil, puisque la question d'une réforme de l'article 313 avait été soumise au Congrès des jurisconsultes allemands de 1902, sans qu'on ait eu le temps de la discuter. (Voir l'étude de M. Duquesne, dans *Bulletin de la Société d'études législatives* de 1902, p. 503.)

§ II. Mais la question véritablement délicate fut celle du correctif apporté par le Projet lui-même au principe de la solennité de forme. Le contrat nul pour défaut de forme devient valable par le fait de la cession judiciaire avec inscription au livre foncier : le contrat réel d'aliénation couvre la nullité formelle du contrat obligatoire de transfert. Rien de plus illogique, a-t-on dit, et c'est rendre inutile toute exigence de solennité. On se contentera d'une promesse verbale ou écrite et l'on procédera au contrat réel de transfert par voie de cession judiciaire : la nullité sera couverte. Devant la seconde Commission, comme devant la Commission du Reichstag, on avait suscité, de la part du notariat surtout, une très vive opposition contre ce système mixte, que l'on prétendait inutile, boiteux et illogique (cf. *Ber.* sur l'art. 307, p. 37). Sans doute, on n'allait pas jusqu'à demander que le contrat réel d'aliénation fût nul, c'eût été bouleverser tout le système d'organisation des livres fonciers; on demandait simplement que l'aliénateur qui eût procédé à l'aliénation, en vertu d'un contrat obligatoire nul en la forme, eût, pendant les délais ordinaires de la prescription, une *condictio* qui ne fût pas une action en payement du prix, puisque, le contrat étant nul, toute action de ce genre lui serait déniée, mais une action fondée sur l'enrichissement sans cause et tendant à obtenir la restitution ou un équivalent en argent. Cette indépendance absolue entre les deux contrats, qui est le principe admis d'une façon générale, pour tous les cas où le premier se trouverait entaché d'un vice ou d'une nullité, a paru toutefois une limitation toute artificielle, toute de création du droit positif, qu'il fallait éviter le plus possible et n'admettre que là où cette séparation serait indispensable; car elle est de nature, puisque l'aliénation reste valable, à jeter le trouble et l'incertitude sur l'état de la propriété. Aussi, puisque ce que l'on visait uniquement était de donner aux parties le temps de

conformément à l'ensemble de son contenu, lorsqu'il est suivi de dessaisine et d'inscription au livre foncier.

Art. 314. Si quelqu'un s'oblige à aliéner une chose ou à la grever d'une charge, cette obligation, dans le doute, s'étend également à l'accessoire de la chose.

Art. 315. Si la prestation doit être déterminée par l'un des contractants, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que la détermination doit se faire d'après une appréciation équitable (1).

---

réfléchir et la possibilité, au cas de surprise et d'entraînement irréfléchi, de se désister et de se refuser à aller plus loin, a-t-il paru que tout était sauvegardé dès que l'aliénateur consentait à procéder devant le juge foncier à la cession judiciaire. Le vice du contrat primitif était couvert; et par là, d'ailleurs, on donnait satisfaction aux partisans de la forme purement littérale, sans abandonner cependant les garanties résultant de la forme solennelle : le contrat étant nul, celui qui a intérêt à la nullité pourra toujours se refuser à procéder au transfert réel. S'il y consent, toutes les garanties ont été prises. Aller au delà serait exagérer les précautions, au détriment même de l'intérêt général (Sal., *Décl.*, p. 103 et suiv.). D'ailleurs, le notariat cherche à parer l'inconvénient qui peut résulter pour lui de cette seconde disposition de l'article 313, en demandant que la cession réelle elle-même, l'*Auflassung*, cession réelle ou dessaisine, pût être faite devant notaire, sous forme de dessaisine notariée (cf. Duquesne, *loc. cit.*, p. 504, note 1).

§ III. Enfin on avait proposé d'étendre le même principe de solennité à tous les contrats relatifs à la constitution d'une charge foncière, et en particulier à la convention ayant pour objet un droit d'hypothèque. Cet amendement n'a pas prévalu.

Art. 314. Cette disposition, qui formait l'article 790 du premier Projet, a été détachée de la partie relative au Droit des choses pour être placée ici à propos des contrats. Pour ce qui est de la conception juridique de l'accessoire, se reporter aux articles 97 et 98.

Art. 315. (1) L'article 315, en disant que l'appréciation doit être faite «d'après l'équité», a entendu par là que l'appréciation devait avoir pour but de déterminer ce qu'exige l'équité, et cela en tenant compte des usages et de

La détermination a lieu par déclaration envers l'autre partie.

Si la détermination doit se faire d'après une appréciation équitable, la détermination faite n'est obligatoire pour l'autre partie que si elle correspond à l'équité. Si elle ne correspond pas à l'équité,

---

la notion d'équivalence. Il s'agit de fixer un équivalent équitable pour la prestation reçue. D'autre part, à côté de l'appréciation faite d'après l'équité, le Code civil a parfaitement entendu admettre une «libre appréciation», qui pourtant ne se confondît pas avec le «pur arbitraire». On peut donc concevoir trois sortes d'indétermination et, par suite, trois sortes d'appréciations possibles. Ce serait tout d'abord le pur arbitraire, pouvant aller jusqu'à permettre à celui à qui le choix est laissé de réduire l'obligation à rien: autant dire alors qu'il n'y a pas de lien obligatoire, et l'obligation est nulle. Puis il y a la libre appréciation, correspondant au *merum arbitrium* du droit romain, obligeant la partie à qui le choix est laissé à choisir entre certaines limites, au moins sous-entendues, de telle sorte que l'obligation, de toute façon, gardât encore une certaine valeur, mais sans lui imposer de maintenir un rapport quelconque d'équivalence entre l'étendue de l'obligation et sa cause juridique. Reste enfin l'appréciation faite d'après l'équité, qu'il faut traduire par l'idée d'une appréciation conforme aux usages et par suite à la notion d'équivalence entre les deux prestations réciproques. Mais il faudrait bien se garder d'établir une opposition fondamentale entre le second degré d'appréciation, ce que l'on appelle la «libre appréciation» et l'idée d'«équité»; car cela reviendrait à laisser croire qu'il pût y avoir un contrat susceptible de violer l'équité. La vérité est que la caractéristique de l'obligation laissée à la libre appréciation de l'une des parties se rapproche beaucoup plutôt de la notion du contrat aléatoire. C'est un contrat dans lequel l'exacte équivalence des prestations n'a pas été admise comme la condition même du contrat; et forcément les contre-prestations ont été fixées en conséquence. Il n'y a rien là de contraire à l'équité. Lorsque l'appréciation doit être faite d'après l'équité, cela signifie, au contraire, qu'elle doit être faite en tenant compte du rapport des équivalents, dans la mesure admise par l'usage. Ceci posé, l'article 315 établit une présomption, d'après laquelle, au cas de doute, au lieu d'admettre qu'il y ait libre appréciation, on devra se prononcer dans le sens d'une appréciation conforme à la notion ordinaire d'équité, celle qui tient compte des équivalents réciproques (voir d'ailleurs note sur art. 316).

la détermination devra être faite par jugement ; il en est de même si la détermination est retardée (2).

---

(2) § I. Lorsque la détermination doit se faire d'après l'équité, elle ne devient obligatoire pour l'autre partie que si, en effet, la notion d'équité n'a pas été violée. La partie à qui on prétend l'imposer peut donc en contester la validité. Elle ne le pourrait pas, au contraire, s'il se fût agi d'une détermination laissée à la libre appréciation de l'autre contractant (cf. *Pr.*, I, p. 465). Si donc la partie adverse conteste que la détermination qu'on lui présente soit conforme à l'équité, c'est aux tribunaux qu'il appartiendra de s'en faire juges. Et, si ces derniers lui donnent gain de cause, ils substitueront leur appréciation à celle qui avait été faite. On a voulu ainsi organiser une procédure plus expéditive, sans qu'il y eût à recourir aux procédés ordinaires d'exécution forcée du Code de procédure (art. 887 et 888 C. Pr. all.).

§ II. Le procédé sera le même si la partie à qui cette détermination appartient néglige de la faire. Et la question peut se poser indépendamment de toute mise en demeure proprement dite. On peut supposer le créancier poursuivant l'exécution de ce qui lui est dû et demandant par le fait même que le débiteur détermine le montant de ce qu'il aura à fournir, ou, s'il ne le fait pas, que le tribunal le fasse à sa place. Ce dernier sera donc investi du droit d'apprécier la détermination proposée, ou, si le créancier l'a repoussée et que le débiteur tarde à lui en fixer une autre, du droit de la fixer lui-même, et en outre il pourra par le même jugement condamner le débiteur à exécuter la prestation dont le montant aura été ainsi déterminé. On aurait pu croire qu'il fût nécessaire pour cela d'intenter deux actions distinctes, l'une purement préjudicielle, destinée à faire constater éventuellement quel devrait être le montant de la prestation (art. 256 C. Pr. all.), et l'autre, pour le cas où le débiteur, après cette détermination faite, n'exécuterait pas, statuant au fond et le condamnant à exécuter. Cette complication a été repoussée; et il a été entendu que, par une seule et même action, destinée à poursuivre la prestation due, le tribunal se trouverait saisi de toutes les questions préalables qui en dépendent et que cette action implique (*Pr.*, p. 465 et Pl. sur § 315, p. 87).

§ III. Au point de vue des questions de preuve, l'article 315 part de cette idée que la décision de la partie chargée de la détermination ne s'impose à l'autre, lorsqu'elle doit être conforme à l'équité, que si, en effet, elle correspond à l'équité. C'est donc à la partie à qui la détermination appartenait à faire cette preuve si elle veut que l'autre s'y soumette.

Art. 316. Si l'étendue de la contre-prestation promise en échange d'une prestation n'est pas déterminée, la détermination,

---

Art. 316. § I. La disposition de l'article 316 a une double portée; elle a pour but, tout d'abord, d'établir une présomption relativement à la question de savoir qui, au cas de doute, aurait le droit de fixer la contre-prestation à fournir, lorsqu'elle est restée dans l'indétermination. Mais elle a un second objet qui est d'indiquer, en pareil cas, comment cette fixation devra se faire; et cette réglementation se trouve consister dans un renvoi implicite aux principes de l'article 315. On a vu en effet, sur l'article 315, que, lorsque l'une des parties est chargée de fixer l'étendue de l'une des prestations à fournir, elle doit le faire, non pas à sa libre appréciation, mais d'après l'équité, de telle sorte que, si la détermination qu'elle propose ne semble pas remplir les conditions visées par l'article 315, on ait le droit de s'adresser au tribunal pour lui demander de fixer lui-même l'étendue de la prestation. Seulement il s'est produit dans les Travaux préparatoires du texte un échange de vues fort intéressant, qui doit servir à préciser mieux encore la notion que l'on a entendu se faire de l'équité dans l'article 315 et, par suite, dans son application à l'hypothèse de l'article 316.

§ II. Il semblerait en effet, d'après ce qui a été dit sur l'article 315, puisqu'il s'agit de tenir compte du rapport des équivalents, que l'équité que l'on avait en vue eût une valeur purement objective, indépendante de toute appréciation personnelle de la partie intéressée. Le montant de la prestation à fournir devrait être celui qu'imposeraient les usages du commerce. Et cette mesure purement objective de détermination devrait trouver son application surtout au cas prévu par l'article 316, puisqu'il s'agissait ici d'une prestation à fixer en retour d'une contre-prestation à recevoir. La valeur commerciale de cette dernière servirait de commune mesure à l'équivalent à fournir. Il s'agira en général de denrées et marchandises dont la quotité aura été déterminée sans que le prix ait été fixé; celui à qui la marchandise est due devra fixer le prix (art. 316). Or il devra le faire d'après la taxe des mercuriales ou la cote officielle, lorsqu'il y en a une. Cependant ne peut-il pas arriver, même lorsqu'il y a une cote officielle que celle-ci porte deux limites, l'une minima et l'autre maxima? Si l'on s'en tient à une mesure déterminée d'après une notion d'équité purement objective et tout impersonnelle, faudra-t-il donc obliger l'ayant droit à prendre une moyenne entre ces deux cotes extrêmes?

§ III. Or il a été parfaitement admis et entendu, lors de la discussion, que

dans le doute, appartient à celle des deux parties qui a droit de poursuivre la contre-prestation.

---

cette appréciation conforme à l'équité de l'article 315, bien que ne se confondant pas avec l'idée d'une libre appréciation, était cependant encore une appréciation toute subjective de la notion d'équité; car sans cela pourquoi les parties s'en seraient-elles remises à l'une d'elles, si elles n'avaient pas entendu s'en rapporter à ce que celle-ci considérerait, à son point de vue personnel, comme une détermination faite d'après l'équité, de telle sorte que le tribunal, lorsque l'on recourt à lui, dût encore tenir compte de ce point de vue personnel pour juger si l'équité a été violée ou non?

§ IV. Il suit de là qu'il peut y avoir deux façons d'apprécier le montant d'une prestation d'après l'équité, l'une qui se placerait à un point de vue purement subjectif, laissant à la partie intéressée un champ d'indétermination assez large dans lequel elle pût évoluer sans sortir pour cela de la notion d'équité, et l'autre qui se placerait à un point de vue tout à fait impersonnel et objectif, d'après lequel il n'y eût, théoriquement tout au moins, qu'un seul taux possible qui dût correspondre à l'équité. Or il est facile d'apercevoir que, dans ce dernier cas, lorsque l'appréciation doit se faire conformément à cette notion d'équité purement objective, il n'y a pas indétermination de la prestation, puisque, si son étendue n'est pas encore actuellement fixée, tous les éléments qui doivent servir à sa détermination sont précisés de telle façon qu'aucune liberté d'appréciation ne subsiste pour celui qui doit faire le calcul. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 316, il y a une première question qui se pose, qui est de savoir s'il y a indétermination de la prestation dont le montant n'a pas été indiqué, ou s'il n'y a pas plutôt défaut de fixation du prix, mais sous la condition de s'en remettre à tels ou tels éléments de détermination tellement précisés qu'en soi la prestation reste encore une prestation déterminée, parce qu'elle est objectivement déterminable, d'après la cote officielle, les mercuriales, ou tels autres procédés de calcul absolument précisés.

§ V. Il va de soi que l'article 316 ne s'applique que lorsque ce principe de détermination objective n'a pas été admis par les parties, et c'est d'après l'interprétation du contrat qu'il y aura lieu de décider si les parties ont entendu s'en remettre à cette notion objective de l'équité commerciale; et cette interprétation du contrat se fera conformément aux principes de l'article 133. Si cette appréciation purement objective a été laissée de côté, c'est alors qu'il

sera vrai de dire que le montant de la prestation a été laissé, comme le dit l'article 316, à l'appréciation de l'une des parties. Cette partie sera alors celle indiquée par l'article 316; et elle devra faire cette détermination d'après la mesure d'équité subjective qui est laissée à son appréciation.

§ VI. L'application de l'article 316 se trouve donc subordonnée à une condition préalable qui est de savoir si les parties n'avaient pas entendu que la détermination se fît d'après certains éléments d'appréciation implicitement convenus et acceptés par elles. C'est ce que disait expressément l'article 354 P[1] et ce que reproduisait un amendement présenté devant la seconde Commission. On l'a écarté, parce qu'on a craint qu'on voulût s'en prévaloir, pour sous-entendre, dans tous les cas, une clause tacite d'appréciation objective à faire suivant certains éléments sous-entendus, ce qui eût supprimé d'une façon intégrale l'application de l'article 316, c'est-à-dire l'appréciation laissée à l'une des parties, même à l'entendre d'une appréciation à faire d'après l'équité. Mais ce changement de rédaction n'implique aucune modification quant au fond. Tout le monde a été d'accord pour admettre que ce mode d'appréciation subjective de l'article 316 n'entrerait en scène que si les parties n'avaient pas entendu s'en remettre à d'autres éléments plus précis de détermination, tel que le prix du cours par exemple, comme c'est le cas dans l'espèce supposée par l'article 453. Et, de plus, il a été indiqué que, quelquefois encore, même lorsque l'appréciation subjective de l'article 316 serait applicable, il pourrait arriver, dans l'espèce, qu'il y ait une seule façon de la faire conformément à l'équité, qui serait de s'en remettre au prix des mercuriales, au moins lorsqu'il n'y aurait qu'un prix unique, sans que la notion d'équité, même subjective, pût comporter un champ d'appréciation susceptible de comprendre plusieurs solutions différentes (cf. art. 375, C. C^es all., et *Pr.*, I, p. 466).

§ VII. Il faut remarquer, en finissant, combien la disposition de l'article 316 réduit à peu de chose la règle implicitement admise par le Code civil de la déterminabilité de l'objet. Ce principe posé par l'article 352 P[1] n'a été supprimé par la seconde Commission (*Pr.*, I, p. 464) qu'à raison de son inutilité, un objet qui ne serait déterminable, ni expressément, ni tacitement, et dont l'indétermination aurait été voulue par les parties, puisque c'est à cela que tout revient, étant un objet qui n'existe pas; et il y avait à craindre, en maintenant une règle aussi évidente, qu'on lui attribuât un caractère formaliste analogue à celui qu'a suggéré en droit français l'interprétation un peu rigoureuse des articles 1591 et 1592 C. civ. fr. en matière de vente. On a pu craindre que les éléments de détermination ne fussent con-

Art. 317. Si la détermination de la prestation a été remise à un tiers, il y a lieu d'admettre, dans le doute, qu'elle doit se faire d'après une appréciation équitable.

Si la détermination doit être faite par plusieurs tiers, leur accord unanime, dans le doute, est nécessaire; si c'est une somme

---

sidérés comme ne pouvant être cherchés que dans l'objectivité des clauses contractuelles ou des circonstances relatives à la conclusion du contrat et qui fussent de nature à indiquer quel objet les parties avaient en vue, ou, s'il s'agit d'une quantité à déterminer, quelle devait en être la mesure exacte. L'article 316 a précédemment eu pour objet d'indiquer, en dehors de la suppression de l'article 352 P[1], que, même si ces éléments de détermination objective venaient à manquer, avant de conclure à l'indétermination, il faudrait admettre une présomption légale, il est vrai toujours susceptible de preuve contraire, qui serait celle de l'intention des contractants de laisser la détermination à celle des parties qui a droit à la contre-prestation servant d'équivalent à l'objet dont la détermination a été omise, de sorte qu'il en serait ainsi même si les parties avaient gardé complètement le silence par rapport à cet équivalent, comme si, dans une vente, après entente sur l'objet, il y avait eu conclusion de la vente sans fixation du prix (cf. Wind., II, § 386, note 5). Pour conclure à l'indétermination, il faudrait donc prouver que les parties n'ont même pas voulu confier à l'une d'elles la détermination de l'objet. Et ce sont ces principes généraux qui devront s'appliquer à tous les contrats particuliers, au moins en matière d'actes entre vifs, et cela, comme on vient de le voir, même au cas de vente (cf. *M.*, II, p. 321; Pl. sur § 433-4; Crome, II, § 212, note 28). Et c'est même par référence à ces principes généraux que s'interprétera, au cas de vente, l'article 453, qui vise l'hypothèse où les parties seraient censées, pour ce qui est du prix, s'en être remises au prix du cours : encore faut-il, pour que l'article 453 s'applique, que cette référence au prix du cours puisse être présumée; car, sinon, on en reviendrait purement et simplement, comme l'admet Planck, sur l'article 453, à l'application de l'article 316.

Art. 317. Au sujet de cette présomption, se reporter aux notes sur les articles 315 et 316 : l'article 317 ne veut pas dire, en effet, on l'a déjà vu, et l'article 319 en fournit la preuve, que les parties n'auraient pas pu s'en remettre à la libre appréciation du tiers.

qui doit être fixée, et que des taux différents aient été fixés, la somme moyenne, dans le doute, l'emportera.

Art. 318. La détermination de la prestation, lorsqu'elle a été remise à un tiers, a lieu par déclaration envers l'un des contractants (1).

La mise en œuvre de l'annulation, pour erreur, violence ou tromperie dolosive, de la détermination qui a été faite n'appartient qu'aux parties contractantes; est partie adverse à l'annulation l'autre partie. La mise en œuvre de l'annulation doit nécessairement (2) avoir lieu sans retard (3), à partir du moment où l'ayant droit à l'annulation a acquis connaissance de la cause d'annulation. Elle est exclue lorsque trente ans se sont écoulés, après que la détermination a eu lieu (4).

Art. 318. (1) Il n'y a qu'à faire application pure et simple, à cette hypothèse, des articles 130 et suivants; et peu importe celui des contractants auquel la déclaration du tiers est adressée, elle est valable à l'égard des deux parties et irrévocable par rapport à toutes deux sous les conditions de l'article 130.

(2) Cf. art. 56.

(3) Cf. art. 121.

(4) Tout ce second alinéa a été ajouté lors de la seconde rédaction du Projet, parce que les principes généraux sur l'annulation pour vices de la volonté ne pouvaient plus recevoir leur application intégrale, conformément à la lettre des articles 119 et suivants. Si c'est la volonté du tiers qui a été viciée, il eût semblé que lui seul eût été autorisé à attaquer sa déclaration. Et cependant il n'a à cela aucun intérêt matériel. On a considéré que la volonté du tiers venait compléter la volonté contractuelle des parties, de telle sorte que ce sont ces dernières qui auront le droit de prononcer l'annulation; l'une ou l'autre peu importe. Et, dans ce cas, c'est à l'autre partie que celle qui prend l'initiative de l'annulation devra adresser sa déclaration d'annulation : cette autre partie, comme dit l'article 318, sera la partie adverse à l'annulation, au sens de l'article 143. Il faut remarquer, d'ailleurs, que la partie qui prend l'initiative de l'annulation n'a pas à établir que la détermination constituait une violation de l'équité d'après les conditions de l'article 319. Elle n'a

Art. 319. Lorsque la détermination de la prestation doit être faite par un tiers d'après une appréciation équitable, la détermina-

---

d'autre preuve à faire, si son droit d'annulation est contesté, que celle des causes d'annulation conformément au droit commun des articles 119 et suivants. Le délai d'annulation ne pouvait plus avoir le point de départ exact indiqué aux articles 121 et 123; et l'on a considéré, cette fois, qu'il n'y avait plus à admettre un délai différent suivant qu'il s'agisse de dol ou d'erreur : ce sont les règles de l'article 121 que l'on applique aux deux hypothèses. Lorsque l'annulation est acquise, la détermination qui avait été faite est rétroactivement annulée; et le tiers doit la refaire à nouveau. S'il s'y refuse, on appliquera l'article 319.

Art. 319. § I. Il fallait prévoir, pour l'hypothèse où le tiers devrait faire une appréciation conforme à l'équité, le cas de violation de l'équité, et, d'autre part, soit qu'il dût se conformer à l'équité, soit qu'il eût à fixer la prestation à sa libre appréciation, le cas où il ne pourrait ou ne voudrait pas faire cette détermination. L'article 319 se place donc dans les deux situations qui viennent d'être indiquées, le cas d'appréciation à faire d'après l'équité et celui de libre appréciation.

§ II. Dans le premier cas, une sous-distinction s'imposait. Il y avait une double sanction à établir, pour détermination contraire à l'équité et pour défaut de détermination. Lorsque l'appréciation est faite en violation de l'équité, l'article 319 s'en remet à justice du soin de substituer une détermination nouvelle à celle du tiers; et, bien entendu, il ne peut plus être question ici d'une appréciation subjective de l'équité qui soit faite d'après un point de vue personnel à l'un des deux contractants par exclusion de l'autre, comme on l'a vu en note sur l'article 316. Le tiers est un arbitre entre les deux parties, il n'a pas à faire prédominer l'intérêt de l'une de préférence à celui de l'autre partie. Si donc sa décision est attaquée et annulée, c'est au point de vue d'une équité toute objective que devra se placer la justice pour fixer le montant de la prestation; mais, d'autre part, lorsqu'il s'agit d'annuler la décision du tiers, la loi se montre beaucoup moins facile que dans l'hypothèse prévue à l'article 315, lorsque la détermination était laissée à l'appréciation de l'une des parties. Dans ce dernier cas, on se contente d'une violation de l'équité, sans autre condition. Dans le cas de l'article 319, on exige que la décision du tiers ait violé ouvertement l'équité. C'est que, d'une part, on se

tion intervenue n'est pas obligatoire pour les contractants, lorsqu'elle est ouvertement contraire à l'équité. La détermination, dans ce cas, se fait par jugement; il en est de même lorsque le tiers ne

---

défie beaucoup moins d'un tiers choisi comme arbitre, et que, d'autre part, les parties s'en étant remises à lui, elles sont censées avoir consenti à courir les risques de son appréciation. Et la loi suppose que les circonstances spéciales à l'espèce dont le tiers ait à tenir compte sont souvent de celles qui échappent à l'appréciation du public, de telle sorte qu'une violation apparente des notions d'équité pourra réaliser au fond une décision parfaitement équitable. Aussi exige-t-elle une violation ouverte de l'équité.

§ III. Pour les mêmes raisons, la décision une fois rendue, on la présume conforme à l'équité; et la rédaction du texte indique que, si on prétend le contraire, c'est sous forme d'exception que celle des deux parties qui se croira lésée devra faire valoir sa prétention. Il y a donc interversion quant à la preuve, par rapport au droit commun de l'article 315 (voir la note); car c'est à la partie qui invoque une violation de l'équité à la prouver.

§ IV. La seconde hypothèse prévue sous forme de sous-distinction est le cas dans lequel le tiers ne pourrait ou ne voudrait faire l'appréciation dont il s'est chargé, en admettant toujours qu'il doive la faire d'après l'équité. Le premier Projet avait, en vue de cette éventualité, donné la même solution pour les deux catégories d'appréciation, qu'il s'agisse d'appréciation libre ou faite d'après l'équité. Dans les deux cas, on considérait que l'appréciation du tiers était un élément purement personnel du contenu du contrat, lequel ne pouvait être suppléé par aucune autre intervention, de telle sorte que, si cette intervention du tiers venait à manquer, le contrat était non avenu, comme s'il se fût agi d'une condition qui vînt à défaillir. Mais on a jugé que cette solution, qui s'impose en effet, lorsqu'il s'agit de libre appréciation, c'est-à-dire d'une appréciation purement personnelle, ne convenait plus lorsque l'appréciation devait être faite d'après l'équité, étant donné, comme on l'a déjà vu, que le criterium de la notion d'équité ne pouvait être, en pareil cas, qu'un criterium objectif, pour lequel la justice pouvait être tout aussi bien compétente. Aussi appliquera-t-on à cette hypothèse d'une impossibilité ou d'un refus d'intervention la même solution que pour le cas d'appréciation faite en violation de l'équité : la justice a le droit d'intervenir sous les conditions de l'article 315. Pour ce qui est de la question de savoir quand il y aura impossibilité, retard ou refus d'intervention, ce sont là des détails dans lesquels il

peut ou ne veut faire la détermination, ou lorsqu'il en retarde la réalisation.

Lorsque le tiers doit faire la détermination à sa libre appréciation, le contrat est inefficace, lorsque le tiers ne peut ou ne veut faire la détermination ou lorsqu'il en retarde la réalisation.

TITRE DEUXIÈME.

DU CONTRAT SYNALLAGMATIQUE.

Art. 320. Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé

---

est difficile d'entrer, et pour lesquels on se reportera utilement à l'exposé minutieux et intéressant donné par Planck sur l'article 319.

§ V. La seconde branche de la distinction admise par l'article 319 vise le cas de libre appréciation; et l'on revient, pour cette hypothèse, à la solution du premier Projet : l'intervention du tiers est un élément essentiel de l'efficacité du contrat; de telle sorte que, s'il y a impossibilité, retard ou refus d'intervention, la condition mise à l'efficacité du contrat se trouve défaillir et le contrat est non avenu. Il eût été, en effet, peu équitable d'admettre que ce fût l'obligation seulement de la partie chargée de la prestation ainsi laissée à la détermination du tiers qui eût été rendue impossible; on ne pouvait ni lui imputer cette impossibilité à faute, ni en faire un cas fortuit qui entraînât sa libération. La seule conception admissible était de considérer que les deux parties eussent fait de l'intervention du tiers une condition même de l'efficacité du contrat.

Art. 320. § I. L'essence du contrat synallagmatique est de n'imposer d'exécution que sous forme concomitante. Aussi aurait-on pu comprendre que, pour être autorisé à poursuivre l'exécution, l'une des parties aurait dû, tout au moins, offrir l'exécution de ce qui lui incombe. Telle n'est pas la conception du Code civil, qui permet de poursuivre le payement sans condition ni réserve, mais qui donne à la partie poursuivie le droit de refuser ce qu'elle doit jusqu'à ce qu'elle ait reçu ce qui lui est dû. Ce moyen de défense est connu sous le nom d'exception *non adimpleti contractus*, exception d'inexécution

d'exécuter le premier. Si la prestation doit être faite à plusieurs, la part revenant à l'un d'eux en particulier peut lui être refusée

---

de contrat, laquelle est comme l'analogue du droit de rétention, bien qu'ici le demandeur ne puisse plus, comme c'est le cas dans l'article 273 al. 3, repousser l'exception qu'on lui oppose en offrant une sûreté suffisante (cf. SAL., *Obl.*, n° 168, n° 172; PL., sur § 320, p. 92; ANDRÉ, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*, Leipzig, 1890; et *Ann. Dr. com.*, 1892, p. 287, et 1893, p. 24, 97, 175). Il va de soi que la mise en œuvre de cette exception suppose le contrat subsistant, puisqu'elle n'a d'autre but que d'en garantir l'exécution : c'est une façon de forcer le demandeur à exécuter. Le point délicat de la matière devait être la question de preuve, en tant qu'il s'agit d'établir le bien fondé de l'exception : il en sera traité sous l'article 322.

§ II. Il fallait prévoir, en outre, le cas de plusieurs ayants droit pouvant poursuivre une part seulement de la prestation totale et n'ayant à payer qu'une part du prix, ou, d'une façon générale, de la contre-prestation équivalente. On aurait pu croire que, si l'un d'eux offre ce qu'il doit, il pût exiger la part qui lui est due sans que le débiteur, qui n'aurait pas reçu, pour ce qui est du prix, la part des autres, ait le droit d'opposer l'exception de l'article 320. Telle n'est pas la solution admise. Le débiteur peut refuser de payer, même partiellement, tant qu'il n'a pas reçu la totalité de ce qui lui est dû. C'est qu'il n'est tenu d'exécuter, même s'il s'agit d'exécution partielle, que s'il reçoit intégralement ce qui lui est dû : si on ne lui offre qu'un payement partiel, il a droit d'opposer l'exception d'inexécution de contrat. Planck fait remarquer d'ailleurs que cette disposition de l'article 320 n'a qu'une importance relative, en présence de la présomption de l'article 427, d'après laquelle, lorsque plusieurs personnes s'obligent conjointement, elles sont censées s'engager comme débiteurs solidaires. Car, dans ce cas, si l'on suppose plusieurs vendeurs et l'un d'eux poursuivant la part du prix, le défendeur a droit, en vertu de la solidarité, au payement total et, par suite, à la livraison intégrale de l'objet, qu'il peut exiger entièrement de chacun des vendeurs. Donc, en dehors même de la disposition spéciale de l'article 320, il y aurait toujours eu lieu, au cas de solidarité, à l'application de l'exception de refus de payement : cette disposition spéciale n'a d'utilité que pour le cas où il n'y aurait pas solidarité.

§ III. Le point de départ de la solution établie par le second alinéa du texte est l'admission de l'exception de refus de payement même au cas d'exécution partielle ou incomplète. Lorsque la livraison a été faite et que celui qui l'a

jusqu'à ce que soit effectuée la contre-prestation dans son entier. La disposition de l'article 273 al. 3 ne reçoit pas application.

---

effectuée réclame son payement, on aurait pu croire, si cette livraison est incomplète ou qu'elle soit affectée d'un vice qui la rende irrégulière, que celui qui l'a reçue soit réduit aux ressources que lui offre le droit commun : la résolution là où elle est admise, ou la garantie des vices. Telle n'est pas la solution de l'article 320. Le défendeur peut encore se prévaloir de l'insuffisance ou de l'irrégularité de la prestation reçue pour refuser ce qu'il doit, et le refuser pour le tout, de façon à forcer l'autre partie à compléter la prestation ou à faire disparaître le vice qui l'affecte. L'exception de refus de payement prend quelquefois, dans cette application spéciale, le nom d'« exception *non ritè adimpleti contractus* », exception pour exécution incomplète. Restera à voir qui donc, en pareil cas, sera chargé de faire la preuve. Est-ce celui qui a payé qui devra établir que le payement a été régulier? Est-ce, au contraire, à celui qui oppose l'exception de prouver l'insuffisance ou le vice qu'il allègue? Ce point fait l'objet de l'article 363.

§ IV. Toutefois la seconde Commission a introduit à l'égard de cette exception pour exécution incomplète une restriction qu'imposait l'équité. Il peut arriver que la partie qui reste due au défendeur soit d'une importance infime par rapport à celle qu'il a reçue. Était-il admissible qu'il pût se prévaloir d'une inexécution de ce genre pour refuser de payer, au moins, la part du prix correspondant à ce qu'il a reçu? De toutes façons, il fallait prévoir telle ou telle hypothèse dans laquelle le demandeur devait avoir le droit de repousser l'exception et le refus qu'on lui oppose, au moins dans la mesure qui correspond à la valeur de ce qu'il a déjà fourni. Ce serait donc une sorte de réplique, ou de *replica doli*, destinée à repousser l'exception *non ritè adimpleti contractus*. Mais dans quelle mesure, sous quelles conditions et avec quels effets cette réplique devait-elle être admise? Tel était le problème qui restait à résoudre.

§ V. On avait proposé d'en restreindre l'application au cas uniquement où la partie à fournir au défendeur ne fût que de faible importance; en pareil cas, le défendeur a joui des fruits ou revenus de ce qu'il a reçu sans rien débourser de son côté. Il était inadmissible qu'il refusât de payer sous prétexte de payement partiel. On a considéré cependant qu'une solution analogue pourrait être désirable même dans certaines hypothèses où la part à fournir fût encore relativement considérable. Sans doute, l'exception de refus de payement est faite précisément pour servir de moyen de contrainte en vue

Si, de l'un des deux côtés, la prestation a été fournie pour partie, la contre-prestation ne peut pas être refusée, dans la mesure tout

---

d'obliger le demandeur à compléter ce qu'il doit, et il faut pour cela qu'elle puisse être opposée pour le tout. Mais on peut supposer un vendeur qui n'a fourni qu'une part modique de ce qui formait l'objet de vente et qui, par suite d'un retard qui ne lui soit pas imputable, soit dans l'impossibilité actuelle de livrer le reste, sans que toutefois il se trouve libéré en vertu de l'article 275. Bien entendu, si l'impossibilité provenait de la faute du vendeur, le défendeur ne violerait ni les usages, ni la bonne foi, en opposant son exception pour le tout. Il use d'un moyen de contrainte légitime. Mais, lorsque le vendeur n'a rien à se reprocher, est-il juste qu'il ne puisse pas se faire payer, au moins pour ce qui est de la part du prix correspondant à ce qu'il a fourni? Sans doute, il règne au sujet de l'exécution finale une incertitude qui peut être préjudiciable à l'acheteur. Mais libre à lui de la faire cesser, en usant du procédé que lui offre l'article 283; il est possible encore qu'il puisse, en pareil cas, demander la résiliation en vertu de l'article 325. Mais il peut se faire aussi que, comptant sur l'exécution finale, il préfère attendre, sans toucher au contrat. Dans ce cas, il gardera donc ce qu'il a reçu et continuera à en jouir. Est-il juste qu'il n'ait rien à payer en retour, du moment que le vendeur n'est pas en faute de ne pouvoir, actuellement tout au moins, compléter la livraison qui lui incombe? Il est conforme à l'équité que l'exception de refus de payement ne puisse produire effet que pour la partie du prix qui correspond à la part de livraison qui n'a pas été fournie: c'est cette portion du prix que l'acheteur a le droit de refuser. Mais, pour celle correspondant à ce qu'il a reçu, il serait injuste qu'il pût s'abstenir de payer l'équivalent qui la concerne. Il faut que, dans cette mesure, le vendeur puisse répondre par une réplique qui vienne restreindre, dans la proportion indiquée, les effets de l'exception opposée à sa poursuite. Sous le bénéfice de ces observations, on a admis dans l'article 320, pour donner ouverture à cette réplique du demandeur, une formule tout à fait générale, qui en accepte l'application toutes les fois que la bonne foi l'exige et dans la mesure où la bonne foi l'exige. En indiquant que l'effet de cette réplique ne se produira que dans la mesure exigée par la bonne foi, le texte a voulu dire que la conséquence de son admissibilité ne sera pas d'écarter pour le tout l'exception du défendeur, mais d'en restreindre la portée aux exigences de la bonne foi, donc au refus de la part d'exécution correspondant à ce que le demandeur n'a pas fourni (*Pr.*, I,

au moins où, d'après les circonstances, et en particulier à raison du peu d'importance relative de la partie qui reste à fournir, ce refus constituerait une atteinte à la loyauté et à la confiance réciproque.

Art. 321. Celui qui, en vertu d'un contrat synallagmatique, est obligé à exécuter le premier, peut, lorsque après conclusion du contrat il se produit dans la situation patrimoniale de l'autre partie une diminution de valeur essentielle, susceptible de mettre en péril la prétention relative à la contre-prestation, refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation ait

---

p. 633 et suiv.). Ce sera donc aux tribunaux qu'il appartiendra de se faire juges des hypothèses où la bonne foi imposera une restriction de ce genre aux effets de l'exception *non adimpleti contractus*.

Art. 321. Le Code civil allemand part de ce principe incontestable et déjà rappelé dans l'article 320, que l'exception de refus de payement n'appartient plus à celui qui, en vertu même du contrat, doit exécuter avant l'autre. Il y a un cas cependant où, en vertu des usages, on lui donne le droit d'opposer l'exception, par extension de ce qui était déjà admis en matière de prêt (art. 610) et par analogie de l'article 332 du Code suisse des obligations, c'est lorsque des pertes de fortune chez l'autre contractant peuvent faire craindre qu'il ne soit plus à même, après avoir reçu ce qui lui est dû, de fournir ce qu'il doit. C'est une addition de la seconde Commission; on avait demandé d'étendre cette solution au cas où la situation de fortune compromettante pour les droits de la partie obligée d'exécuter la première eût déjà existé lors de la conclusion du contrat, sans qu'il y eût aucune faute de la part du contractant à avoir ignoré cet état de choses; mais on a fait observer avec raison que c'était confondre deux hypothèses très différentes et qu'il y avait là un cas d'erreur susceptible d'avoir vicié le consentement, lequel rentrait uniquement sous l'application des articles 119 à 123, et qui d'ailleurs supposerait forcément en principe, pour qu'il y eût un recours possible, les conditions prévues par l'article 123 (*Pr.*, p. 631, et Pl., sur § 321, p. 94). [Sur la question de savoir s'il peut être dérogé à la règle de l'article 321, voir Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, et les références, p. 382, note 1.]

été effectuée ou qu'une sûreté ait été fournie en ce qui la concerne.

Art. 322. Lorsque, en vertu d'un contrat synallagmatique, l'une des parties intente action à fin d'obtenir la prestation qui

---

Art. 322. § I. L'article 322 a pour but d'indiquer quel sera l'effet exact de l'exception de refus de payement (cf. avec l'article 274) : ce ne sera pas d'éviter une condamnation au payement. Puisque en somme le contrat est maintenu et que le débiteur est tenu de payer, il était inadmissible que le tribunal prononçât sa libération ; et, d'autre part, si des difficultés s'élèvent sur le contenu ou les conditions de ce à quoi le défendeur peut être tenu, il fallait les trancher. Donc le défendeur sera encore condamné à payer, mais il a droit de ne payer que sur payement correspondant ; c'est-à-dire à la condition que l'autre s'exécute en même temps, donnant donnant : c'est l'exécution concomitante, de sorte que, tant que l'autre n'offre pas réellement ce qu'il doit, son cocontractant, bien que condamné à payer, peut s'y refuser. Seulement le premier Projet (art. 362) déclarait formellement que cette exécution concomitante était de l'essence du contrat synallagmatique, d'où on aurait pu induire qu'une des parties n'aurait jamais pu réclamer purement et simplement ce qui lui est dû et n'aurait été autorisée qu'à poursuivre l'exécution concomitante, de telle sorte que toute condamnation à payer dût porter que le payement n'aurait lieu que donnant donnant. C'était excessif. Le droit de chaque partie est indépendant de ce qu'elle doit elle-même, et, lorsqu'elle poursuit ce qui lui est dû, elle n'excède pas son droit ; si donc l'autre ne réclame pas, le tribunal n'a pas à prendre l'initiative d'une garantie qui n'est pas de l'essence du contrat. L'exécution concomitante, d'après le second Projet, n'a donc plus à être insérée dans la condamnation que sur la mise en mouvement de l'exception de refus de payement, et cette dernière est le moyen légal de parvenir à ce mode d'exécution.

§ II. Restait la question de preuve, que le premier Projet avait expressément tranchée (art. 366), en déclarant, conformément à la solution qui avait fini par prévaloir dans la doctrine (cf. *Annal. Dr. com.*, 1893, p. 34), que le défendeur n'avait pas à prouver le fait qu'il allègue et que c'était au demandeur, s'il prétend avoir payé, à en faire la preuve, afin de se soustraire à l'effet de l'exception qu'on lui oppose. Le second Projet, par une recherche de la concision qui parfois devient excessive, a cru devoir supprimer cette disposition,

lui est due, le fait, par l'autre partie, de faire valoir le droit qui lui appartient de refuser la prestation jusqu'à ce que la

---

bien que devant la seconde Commission on eût à nouveau affirmé le maintien du principe. On a considéré que la solution formulée par l'ancien article 366 ressortait à la fois des principes généraux et de la façon même dont étaient rédigés les nouveaux articles 320 et 322. Cela résulte en effet, en dehors de la conception doctrinale traditionnelle, de ce que, par cette exception, le défendeur ne fait que réclamer ce qui doit être l'effet normal du contrat synallagmatique, le droit de ne pas payer le premier, c'est-à-dire, comme dit le texte, l'exécution trait pour trait, et que, si cet effet n'a plus à être suppléé par le juge, celui-ci ne peut le refuser dès que le défendeur le réclame : donc il suffit pour cela que ce dernier invoque l'existence d'un contrat synallagmatique, et c'est alors au demandeur, s'il veut se soustraire à l'effet dont on veut se prévaloir contre lui, à prouver qu'il a déjà exécuté lui-même sa prestation. (Sur tous ces points, *Pr.*, I, 78-VI, et VIII, p. 631 et 632.)

§ III. Il s'agissait cependant d'établir une réserve au principe que celui qui doit payer le premier n'a pas le droit, avant d'avoir exécuté ce qu'il doit, de poursuivre ce qui lui est dû. Cette réserve s'imposait pour le cas où l'inexécution, en tant qu'elle provient de lui, résulte de la demeure de son créancier, c'est-à-dire du retard de l'autre contractant à accepter la prestation offerte, retard constitutif de demeure (art. 293 et suiv.). Dans ce cas, l'article 322 lui permet encore de poursuivre ce qui lui est dû ; seulement le jugement doit porter que le défendeur devra payer après réception de la prestation qu'il est en demeure d'accepter : c'est donc une façon à la fois de respecter les termes du contrat, puisque le défendeur ne doit exécuter qu'en second, et d'autre part de forcer ce dernier à prendre parti sur l'offre qui lui est faite et à sortir d'indécision. La condamnation, en effet, ne porte pas que le défendeur devra recevoir la contre-prestation, mais qu'il devra exécuter après avoir reçu la contre-prestation. Il a donc désormais à se prononcer sans retard sur le fait de la réception, et par suite, s'il la refuse, à justifier son refus.

§ IV. L'application aux deux hypothèses prévues par l'article 322 al. 1 et al. 2 de la disposition de l'article 274 al. 2 a pour but de liquider la situation, lorsqu'on se heurte à une résistance injustifiée du défendeur. Dans un cas, il est condamné à exécuter sur exécution concomitante, c'est-à-dire en même temps que son adversaire offre ce qu'il doit lui-même ; et dans l'autre, il doit recevoir après avoir exécuté. Dans l'un il y a concomitance d'exécution, dans l'autre anté-

contre-prestation soit effectuée, ne produit que cet effet, que l'autre partie doit être condamnée à l'exécution trait pour trait.

Si la partie demanderesse doit exécuter la première, elle peut, si l'autre partie est en demeure d'accepter, agir à fin d'obtenir exécution après qu'il y aura eu réception de la contre-prestation.

En ce qui touche l'exécution forcée, il y a lieu de faire application de la disposition de l'article 274 al 2.

Art. 323. Si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite

---

riorité de l'une par rapport à l'autre. Mais le défendeur ainsi condamné sous réserve de l'une ou de l'autre de ces deux conditions peut refuser d'accepter : il peut être en demeure d'accepter ; même dans la seconde hypothèse, celle du second alinéa, on suppose qu'il était déjà en demeure avant le jugement. Il persiste dans son refus : évidemment le fait seul qu'il est en demeure implique que ce refus est injustifié. Son adversaire, celui qui a obtenu le jugement, sera-t-il tenu en échec par cette résistance injustifiée ? L'application de l'article 274 al. 2 lui donne le droit de procéder à l'exécution forcée, sans qu'il y ait exécution de sa part, dès que son débiteur est en demeure d'accepter. Il y aura lieu d'appliquer ici les articles 726, 756 et 765 du Code de procédure. Cette référence légale et expresse aux règles de l'article 274 relatif aux effets du droit de rétention n'est d'ailleurs que la conséquence et la confirmation des idées émises à plusieurs reprises devant la seconde Commission, en vue d'assimiler l'effet pratique de l'exception de refus de payement à celui du droit de rétention, tel qu'il est décrit à l'article 274.

Art. 323. § I. Il s'agit, sous ces formules de caractère abstrait et un peu obscur, de la question des risques dans les contrats synallagmatiques. Contrairement au principe romain, maintenu en droit français, le Code civil allemand, suivant en cela la tendance plus particulière du droit germanique, laisse les risques à la charge du débiteur (cf. Sal., *Obl.*, n° 181, p. 198 et suiv.; Meulenaere, sur l'article 323). La conséquence à en tirer est que celui qui était débiteur de la prestation devenue impossible est libéré, mais qu'il n'a plus droit à la contre-prestation qui lui était due. Cela n'équivaut pas cependant à la résiliation du contrat, puisque l'article 325, au cas d'im-

d'une circonstance dont ni l'une ni l'autre partie n'ait à répondre, cette partie perd sa prétention à la contre-prestation ; au cas d'im-

---

possibilité imputable à faute, donne le choix entre la résiliation et les droits dérivant de l'article 323 ; et l'on verra sur l'article 325 en quoi consiste la différence. Pour que l'article 323 s'applique et que la contre-prestation cesse d'être due, il faut en principe que l'impossibilité relative à la prestation qui n'a pas été exécutée, et qui ne peut plus l'être, ne soit imputable à aucune des deux parties, donc qu'elle soit due au cas fortuit. Toutefois, cette règle ne doit s'entendre que sous le bénéfice d'une réserve importante; car, si l'inexécution provenait de la faute du débiteur, on verra, sur l'article 325, que le créancier pourrait encore s'appuyer sur l'article 323 pour refuser d'exécuter. Cela revient à dire que toute impossibilité d'exécution donne à celui qui était créancier de la prestation le droit d'opposer, à la demande qui lui est faite de fournir la contre-prestation lui incombant, une exception tirée de l'impossibilité d'exécution, non plus seulement une exception tirée du fait qu'on n'a pas exécuté (exception *non adimpleti contractus*), mais du fait qu'on ne peut plus exécuter. Seulement, si cette impossibilité d'exécution est imputable à faute, il aura en outre le choix entre l'action en indemnité et la résiliation. En réalité, la seule condition vraiment indispensable pour que le créancier puisse se refuser à exécuter, en invoquant l'exception que lui offre l'article 323, est que l'impossibilité d'exécution ne lui soit pas imputable à lui créancier. Il n'aura donc qu'une preuve à fournir, que l'exécution de ce qui lui était dû est devenue impossible; et ce sera au débiteur, s'il prétend que cette impossibilité est imputable au créancier, à le démontrer (cf. Scholl., 197 et suiv.).

§ II. Au cas d'impossibilité partielle, l'article 323 admet un risque partiel. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de l'action en réduction de l'article 472, mais d'une diminution de plein droit de la contre-prestation à fournir; et cette diminution sera faite sur les bases de calcul admises aux articles 472 et 473. Il faudra rechercher quel aurait été, au jour du contrat, le rapport de valeur entre l'objet total et la partie déjà fournie, et réduire la contre-prestation dans la même proportion. Cette fois, c'est au créancier, lorsqu'il veut se prévaloir de cette diminution de son obligation, à prouver non seulement l'impossibilité partielle relative à la prestation à laquelle il avait droit, mais le montant de la réduction dont il prétend bénéficier. D'autre part, si la partie restée possible ou déjà fournie n'a plus d'utilité pour le créancier, celui-ci ne

possibilité partielle, la contre-prestation se trouve réduite dans la proportion admise par les articles 472, 473.

---

pourrait pas, par analogie de l'article 325, et à moins que la faute du débiteur ne soit démontrée, demander la résiliation du contrat.

§ III. De là cette combinaison d'un mécanisme fort ingénieux, exposée par Planck (p. 98), entre l'exception de refus de payement et celle de suppression de l'obligation elle-même. Le demandeur n'a pas exécuté; le défendeur opposera l'exception de l'article 320. Mais celle-ci n'aura pas pour effet de le libérer de ce qu'il doit fournir, son effet sera encore d'aboutir à une condamnation, mais une condamnation dans les termes de l'article 322. Pour obtenir sa libération, il faudrait donc, en tant que débiteur, que par rapport au demandeur il prouvât l'impossibilité d'exécution. Mais, ce qui arrivera le plus vraisemblablement, c'est que, sur l'exception de refus de payement, le demandeur réponde que, s'il n'a pas exécuté, c'est qu'il ne pouvait plus exécuter. Il répliquera en objectant, tout le premier, l'impossibilité d'exécution, et plaidera le cas fortuit. Le défendeur ne pourra plus s'en tenir à son exception de refus de payement, laquelle implique encore la possibilité d'une condamnation réciproque. C'est alors qu'il se prévaudra de la suppression de son obligation elle-même, conformément à l'article 323. S'il n'y avait qu'impossibilité partielle, le défendeur, si le cas fortuit était prouvé, ne pourrait plus faire valoir son exception de refus de payement, puisqu'il n'a plus le droit de refuser le payement. Il serait encore condamné à l'exécution concomitante; mais, en même temps, l'exécution, pour ce qui est de lui, se trouverait réduite dans la mesure des articles 472 et 473.

§ IV. L'article 323 a prévu le cas où le débiteur aurait acquis, à raison de la perte fortuite qu'il a subie, une indemnité ou des droits qui en représentent la valeur. On n'impose pas au créancier de se contenter de ces compensations en restant obligé à exécuter ce qu'il doit; mais on lui donne le droit ou de considérer son obligation comme supprimée, ou d'obliger le débiteur à lui céder les droits acquis à l'occasion de la perte survenue (art. 281), auquel cas il doit considérer sa propre obligation comme maintenue, sauf à réduire ce qu'il doit proportionnellement à la différence qui puisse exister entre le montant des compensations cédées par le débiteur et la valeur totale de ce que celui-ci aurait dû fournir. C'est ainsi, pour prendre un exemple inspiré de celui de Planck (p. 99), que, s'il s'agissait d'un prix de vente fixé à 150 pour un objet dont la valeur au jour du contrat fût de 200 et que l'indemnité touchée par le vendeur ait été elle-même de 150, l'acheteur, qui en exigerait la ces-

Si l'autre partie, en vertu de l'article 281, exige remise de la réparation acquise en équivalent de l'objet dû ou cession de la prétention à réparation, elle reste obligée à la contre-prestation ; celle-ci toutefois se trouve réduite dans la proportion admise par les articles 472, 473, dans la mesure suivant laquelle la valeur de la réparation ou de la prétention à réparation reste inférieure à la valeur de l'objet dû.

Dans la mesure où la contre-prestation, qui d'après les dispositions précédentes a cessé d'être due, aurait été effectuée, ce qui a été fourni peut être l'objet d'une action en répétition, conformément aux dispositions sur la restitution de l'enrichissement sans cause.

Art. 324. Si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite

---

sion, conformément à l'article 323, verrait son prix de vente réduit d'un quart, donc restreint à 115. Il ne faut donc pas dire que la contre-prestation n'est plus que de la valeur de l'indemnité ou des droits cédés par le débiteur ; car, d'après cette dernière formule, dans l'exemple ci-dessus, la contre-prestation serait restée fixée à 150, au lieu de se trouver réduite à 115. On voit, par là, qu'il serait inexact de considérer le fait de l'impossibilité fortuite d'exécution en matière de contrat synallagmatique comme supprimant *ipso facto* l'obligation relative à la contre-prestation ; il est plus vrai d'admettre que cette dernière reste en suspens, puisque son maintien ou sa suppression dépend d'un choix à exercer par l'intéressé (cf. Scholl., p. 199).

§ V. La solution admise ici pour le cas où le créancier aurait déjà exécuté et livré l'objet de sa propre obligation est la conséquence de ce fait qu'il n'y a pas résolution du contrat et que, par suite, la restitution doit avoir lieu non plus sous les conditions et dans la mesure fixée pour le cas de résiliation (art. 346 et 347), mais sous les conditions de la restitution pour enrichissement sans cause ; ce qui donnera lieu à l'application toute différente de l'article 818.

Art. 324. L'article 324 apporte deux exceptions qui s'imposaient au principe de l'article 323 sur la libération du créancier par le seul fait de l'impossibilité d'exécution du débiteur. Si cette impossibilité provient de la faute du

d'une circonstance dont l'autre partie ait à répondre, la prétention à la contre-prestation subsiste. Cette partie toutefois doit nécessai-

---

créancier, ou qu'elle se soit produite depuis qu'il est en demeure d'accepter, le débiteur ne doit plus avoir à en souffrir; il gardera donc son droit à la contre-prestation. Seulement il était juste d'en déduire les frais qui ont pu lui être épargnés par le fait qu'il n'a pas eu d'exécution à fournir, frais d'envoi ou de transport, frais d'exécution de l'ouvrage promis, dépenses de matériaux ou de main-d'œuvre, et autres chefs de dépense qui lui auront été épargnés. Enfin l'article 324 prévoit le cas où la libération du débiteur, en ce qui touche la prestation qu'il devait fournir, lui aura rendu l'emploi de son temps, de telle sorte qu'il en eût profité pour acquérir de nouveaux gains que régulièrement il n'aurait pas dû avoir. Il devra également les déduire de la contre-prestation à laquelle il a droit, ou tout au moins en tenir compte au créancier et lui en rester redevable. Ce dernier chef de réduction vise surtout le cas d'entreprise d'ouvrage et de contrat de travail ou de services; et encore faut-il supposer le contrat devenu impossible dans des circonstances qui ne puissent pas équivaloir à une résiliation régulière du contrat : l'ouvrier congédié, par exemple, dans des conditions qui lui permettent de considérer le contrat comme maintenu, mais devenant impossible par la faute du patron, ou, d'une façon générale, du créancier. Seulement il fallait prévoir également le cas où, s'agissant d'un travailleur de profession, celui-ci négligerait d'employer utilement le temps qui lui est laissé libre par suite de l'inexécution du contrat. Faudra-t-il admettre que le patron qui l'a renvoyé, mais à l'encontre duquel le contrat est maintenu, devra le payer intégralement pour toute la période pour laquelle le contrat avait été conclu? On aurait pu être tenté de considérer le salaire dû par le patron comme une réparation du dommage causé à l'ouvrier et vouloir appliquer par analogie l'article 254 sur la compensation des fautes, de telle sorte qu'il eût suffi d'une simple négligence de l'ouvrier, relative au défaut d'emploi du temps dont il avait repris la libre disposition, pour que la déduction de ce qu'il aurait dû gagner lui fût opposable et vînt réduire le montant des salaires que le patron lui doit. L'article 324 prévient cette interprétation abusive en déclarant que cette réduction ne sera admise que si c'est par suite de mauvais vouloir que le débiteur a négligé d'employer son activité économique. Mauvais vouloir n'est pas, d'ailleurs, l'équivalent de mauvaise foi et n'implique pas forcément la faute intentionnelle. Mais c'est plus que la simple négligence ou la faute d'imprudence. On a voulu faire

rement admettre de laisser compter en déduction de ce qui lui est dû ce qu'elle-même, du fait de la libération de sa propre prestation, a économisé, ou ce qu'elle a pu acquérir par tout autre emploi de sa faculté de travail ou manqué d'acquérir de ce chef uniquement par malveillance.

Il en est de même, lorsque la prestation incombant à l'une des parties devient impossible par suite d'une circonstance dont elle n'a pas à répondre, mais à un moment où l'autre partie est en demeure d'accepter.

Art. 325. Si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite d'une

---

allusion au cas où l'ouvrier aurait spéculé sur l'obligation restée à la charge du patron; mais on n'a pas voulu qu'il dût souffrir d'une simple négligence apportée dans ses recherches d'emploi, ni qu'on pût lui tenir compte d'un refus d'emploi, imprudent peut-être, mais qui s'expliquât par les mauvaises conditions offertes, s'il restait espoir d'en trouver de meilleures (cf. Pl., 100-101; et *R. Ber.*, p. 57-59).

Art. 325. (Sur cet article et l'article suivant, voir Staffel, dans *Arch. f. civ. Prax.*, 1902, p. 467 suiv.)

§ I. L'article 323, s'agissant de contrat synallagmatique, avait indiqué l'effet dérivant de l'impossibilité d'exécution, lorsque le débiteur n'a pas à en répondre. L'article 325 décrit les différents droits mis à la disposition du créancier, lorsqu'il s'agit d'impossibilité dont le débiteur doive répondre; ce qui n'implique pas toujours qu'il y ait faute de ce dernier, témoin le cas de l'article 279. En outre, on devra assimiler à l'impossibilité, telle qu'elle est déterminée par l'article 275, l'impossibilité fictive de l'article 283. Ceci dit, il faut distinguer suivant qu'il y a impossibilité totale ou partielle. Pour abréger, bien que le terme soit trop restreint, il pourra être permis de parler de perte totale ou partielle.

§ II. Au cas de perte totale, l'article 325 offre le choix au créancier entre trois procédés distincts. Il peut demander indemnité, sur le fondement et avec application des articles 280 et 281, auquel cas le contrat subsiste et le créancier reste tenu de la prestation qui lui incombe; ou bien il peut demander la

circonstance dont elle ait à répondre, l'autre partie peut exiger réparation de dommage pour inexécution ou résilier le contrat. Au

---

résiliation, avec application des articles 346 à 356 ; ou enfin il peut, sans résilier le contrat, se contenter de refuser la prestation dont il est tenu, en invoquant les droits mis à sa disposition par l'article 323. S'il agit en dommages-intérêts et que sa prestation à lui consiste en argent, il pourra y avoir compensation entre les deux dettes réciproques. Si sa prestation avait pour objet autre chose que de l'argent, il n'y a aucune raison pour lui permettre de défalquer la valeur pécuniaire de ce qu'il doit, de façon à ne demander que l'excédent qui lui revient sur le montant de l'indemnité. Le débiteur a le droit, puisque le contrat est maintenu, de toucher en nature ce qui lui est dû (cf. cependant Cos., I, p. 336, et, contre l'opinion soutenue par lui, Pl., p. 101, et Scholl., p. 204). Quant au droit de résiliation, il s'exerce conformément à l'article 349, par voie de déclaration adressée à celui contre lequel il est dirigé, et même ce dernier pourrait user de la faculté que lui offre l'article 355 de fixer un délai pour l'exercice de la résiliation. Au cas de violation positive du contrat, en tant qu'elle se distingue de l'impossibilité d'exécution, on appliquerait le même droit, par voie d'analogie (cf. Staub, à l'étude citée en note sur l'art. 276, p. 44 et suiv.).

§ III. Le premier Projet (art. 369 P[1]) se contentait de cette double ressource ; le Code civil en admet une troisième, qui consiste dans l'exercice des droits de l'article 323. On a pensé, puisque ces droits existent au cas d'impossibilité fortuite, qu'il y aurait injustice à en refuser l'exercice au créancier, lorsque l'impossibilité est imputable au débiteur. Or il importe de ne pas confondre cette faculté avec le droit de résiliation. Celui-ci s'exerce par voie de déclaration faite conformément à l'article 346 ; le droit d'opposer l'extinction de l'obligation incombant au créancier s'exerce, conformément à l'article 323, par voie d'exception à la poursuite du débiteur. D'autre part, si le créancier avait déjà livré l'objet de la contre-prestation, la restitution, au cas de résiliation, lui serait due suivant les conditions de l'article 347, tandis que, s'il s'agissait de l'application de l'article 323, la restitution s'opérerait suivant les principes assez différents de l'enrichissement sans cause (art. 322 al. 3 et art. 818). Mais le point le plus important est que, si le débiteur avait touché une indemnité ou acquis des droits à l'occasion de la perte de la chose, le créancier, lorsqu'il invoque l'article 323, peut exiger cession de l'indemnité ou des droits acquis au débiteur, sous réserve de réduction proportionnelle de la contre-prestation à fournir à ce dernier, lorsque ces droits se trouvent inférieurs à la valeur de la chose qu'ils représentent.

cas d'impossibilité partielle, si l'exécution partielle du contrat n'a plus pour elle aucun intérêt, elle a le droit d'exiger réparation

---

§ IV. Restait à se demander si ces différentes facultés ne pourraient pas se combiner mutuellement. Et la question s'était surtout posée pour le cas d'exercice du droit de résiliation, principalement si la contre-prestation a déjà été fournie. Il y avait lieu de se demander si le créancier qui résilie le contrat, et qui exige la restitution de ce qu'il a fourni, ne pourrait pas invoquer le principe de l'article 323, pour se faire céder l'indemnité touchée par le débiteur ou les droits s'y référant, sauf à opérer, le cas échéant, réduction proportionnelle sur le montant de la restitution qui lui est due; lui-même peut y avoir grand intérêt, si la prestation fournie par lui consistait en argent et que le débiteur l'ait dépensé, alors que ce dernier ait acquis contre un tiers à l'occasion de la perte de la chose une action en indemnité qui suffirait à remplir le créancier de ses droits. Une question analogue pourrait s'élever lorsqu'il s'agit de l'exercice de l'action en indemnité : peut-elle se cumuler avec la cession de l'article 323? Sans doute, lorsque le créancier agit en dommages-intérêts, si le débiteur a lui-même une créance d'indemnité qu'il ait acquise à l'occasion de la perte de la chose, le créancier peut se la faire céder. Mais la déduction s'opère d'après le mode de calcul de l'article 281, et non d'après celui de l'article 323 : le créancier restera débiteur de la contre-prestation intégrale qui lui incombait, sans autre réduction proportionnelle. Devant la seconde Commission, il semble bien que ce cumul ait été admis (*Pr.*, 639-640). Mais on paraît être d'accord pour convenir que la rédaction actuelle du texte exclut toute interprétation de ce genre, puisque les droits dérivant de l'article 323 ne sont accordés au créancier qu'aux lieu et place des deux autres procédés mis à sa disposition, donc à l'exclusion de ces derniers (cf. Pl., p. 102). Resterait à se demander, ce qui est une question tout à fait distincte, si, après avoir choisi l'un des moyens, le créancier ne pourrait pas revenir à l'un des deux autres; mais ceci touche à la question d'irrévocabilité du choix, et non à celle du cumul. Aussi faut-il en déduire qu'il n'y aurait pas cumul entre la résiliation et le droit à indemnité, même pas dans la mesure où la résiliation du contrat serait insuffisante à fournir réparation du dommage causé au créancier par l'inexécution de ce qui lui était dû. Comme on l'a fait remarquer, le droit à indemnité suppose le contrat existant, puisqu'il est un mode d'exécution du contrat : il est donc inconciliable avec toute idée de résiliation (cf. Scholl., p. 205). Sur ce point, le créancier est moins amplement protégé qu'il ne le

de dommage pour inexécution de l'engagement dans sa totalité, dans la mesure de l'article 280 al. 2, ou de résilier le contrat

---

serait en droit français, sur le terrain de l'article 1184 C. civ. fr. Et cependant le droit allemand n'a pas vu d'objection à concilier le droit à indemnité avec la nullité même du contrat (art. 307). Pourquoi y en aurait-il à cumuler la résolution avec le droit à plus amples dommages-intérêts ? Peut-être devrait-on se demander si le créancier, lésé dans ses droits, ne pourrait pas, après avoir résilié le contrat, se fonder sur le délit civil et l'article 823, pour obtenir plus intégrale réparation, sous la condition, bien entendu, de prouver la faute au sens de l'article 823. Ce serait une question à examiner sur l'article 823.

§ V. C'est alors que se pose la question d'irrévocabilité du choix. Tout le monde est d'accord pour convenir que, si le créancier a choisi le droit de résiliation et qu'il l'ait exercé sous forme de déclaration adressée conformément à l'article 346, une fois cette déclaration devenue irrévocable sous les conditions de l'article 130, tout est irrévocable. Le contrat est dissous et, par suite, on ne peut plus revenir à l'application d'aucun des droits qui supposent le contrat existant (Scholl., 205, et Pl., 102). Schollmeyer admet la même irrévocabilité lorsque le créancier, invoquant les droits qu'il tient de l'article 323, n'a aucune action à se faire céder par le débiteur ou qu'il y renonce, puisque dans ce cas sa libération est acquise et que cela équivaut à la suppression du contrat. Mais il admet que le doute puisse s'élever lorsqu'il se fait céder les droits du débiteur, puisque, dans ce cas, le contrat subsiste, et que, tant qu'il subsiste, il semble bien que le créancier puisse être admis à en demander la résiliation. Planck le lui refuse, sous le prétexte que la bonne foi exige, bien qu'il ne s'agisse pas de droits directement soumis à la réglementation des obligations alternatives, que, en ce qui concerne le choix, on applique les principes posés en cette matière (art. 263). Donc, une fois le choix déclaré au débiteur, il serait irrévocable. Schollmeyer croit, au contraire, que le créancier pourrait encore revenir à la résiliation ou à l'action en indemnité. De même, s'il eût choisi cette dernière, pourrait-il encore opter pour les deux autres procédés dans la mesure où ce changement de décision ne constituerait pas un procédé contraire à la loyauté à l'égard du débiteur (pour la controverse, voir Scholl., p. 205-206).

§ VI. Au cas de perte partielle, l'option offerte au créancier est encore plus riche que s'il y a perte totale (cf. Stamm., p. 121). Il peut poursuivre ce qui reste possible et demander indemnité pour la partie qui fait défaut, conformément

tout entier. Au lieu de la prétention à réparation de dommage ou du droit de résiliation, elle peut également faire valoir les droits établis pour le cas de l'article 323.

Il en est de même au cas de l'article 283, lorsque la prestation jusqu'à expiration du délai n'a pas été exécutée ou qu'à cette époque elle soit partiellement inexécutée.

Art. 326. Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des

---

à l'article 280. Dans ce cas, il reste obligé pour le tout. Mais il peut, tout en poursuivant la partie qui subsiste, invoquer l'article 323 et demander, au lieu d'indemnité, que son obligation à lui soit réduite dans la proportion fixée par l'article 323. Enfin, s'il peut établir que la prestation de ce qui reste rendrait l'exécution du contrat sans intérêt pour lui, l'article 325 lui ouvre toute une nouvelle série de ressources; il peut demander indemnité pour perte totale, par application de l'article 280 al. 2, mais à charge pour lui de fournir ce qui lui incombe; ou bien il peut exercer le droit de résiliation pour le tout; ou enfin invoquer pour le tout les droits de l'article 323, comme au cas d'impossibilité totale, sous réserve du droit de subrogation qui peut en être la conséquence. Mais le point à noter est que, pour l'exercice de ces différentes facultés impliquant assimilation au cas d'inexécution totale, ce qu'il y aurait à prouver, ce n'est pas, comme dans l'article 280, l'absence totale d'intérêt de la prestation qui subsiste, en l'envisageant en elle-même, mais le défaut d'intérêt qu'aurait l'exécution du contrat pris dans son ensemble. C'est l'ensemble de l'opération qu'il faut envisager. Ce point n'est pas sans présenter quelque intérêt. Il est des cas, par exemple, s'il s'agit de dette d'argent, où la prestation partielle aurait toujours une valeur pécuniaire, prise en soi, tandis que, pour la même hypothèse, il pourrait se faire que le contrat pris en bloc, et envisagé dans son exécution réciproque, ne présentât plus d'intérêt appréciable pour le créancier (cf. Pl., p. 103).

Art. 326. § I. L'article 326 complète la théorie de l'article 286 sur les effets de la demeure, en même temps que la portée d'application du droit de résiliation. Le point délicat, en effet, n'était pas de l'admettre au cas d'impossibilité réelle (art. 275) ou fictive (art. 283), mais de savoir à quelles conditions on devrait lui donner ouverture, en dehors même de toute impossibilité proprement dite. Sur ce point, on avait l'exemple de l'article 1184, C. civ. fr.,

parties se trouve en demeure par rapport à la prestation qui lui incombe, l'autre partie peut lui fixer, pour effectuer la prestation,

---

qui pose le principe de la résolution, dès qu'il y a inexécution, sans exiger aucune autre condition préalable, pas même celle d'une mise en demeure. Sous ce rapport, le droit allemand partait d'un principe opposé, celui du droit romain. Le premier Projet se rattachait encore à la théorie romaine. Le second, par analogie de l'ancien Code de commerce, allait faire un assez large pas en avant.

§ II. L'article 369 P[1] se contentait d'assimiler la demeure à la perte partielle, de telle sorte que le créancier ne pouvait exercer le droit de résiliation qu'à la condition de prouver l'inutilité qu'aurait pour lui la prestation tardive. Pour y échapper, il fallait poursuivre et faire fixer un délai conformément à l'article 283, ou prouver qu'il s'agissait d'affaire à jour fixe (art. 361). Cette étroitesse de point de vue avait conduit à faire admettre d'assez nombreuses exceptions, en matière de louage en général, et de louage de services. C'est surtout en matière de vente que ce système était défectueux; le vendeur qui n'aurait reçu que partie du prix n'aurait que difficilement pu établir que ce payement partiel lui fût sans utilité, s'agissant d'argent; il aurait dû poursuivre et se placer dans les conditions de l'article 283, pour pouvoir résilier le contrat. Le Code de commerce, en matière de vente, admettait cependant le droit de résiliation, sous la condition préalable de la demeure, et avec certaines distinctions suivant les cas (art. 354 à 356, A. C. C[ce]). Devant la seconde Commission, les opinions se partagèrent entre le système du Code de commerce, dont on demandait la généralisation, et le système français, qui admet la résolution en dehors de toute condition de demeure proprement dite. Sans doute, on exigeait de toutes façons que ce droit ne pût être exercé qu'après fixation d'un délai préalable. Toute la question était de savoir si, pour admettre la fixation de ce délai, on exigerait ou non une mise en demeure.

§ III. Un parti important, s'appuyant sur le droit français (art. 1184 C. civ. fr.) et le Code fédéral des obligations (art. 122), rejetait toute condition de ce genre. On considérait que, d'après l'essence même du contrat synallagmatique, il suffisait qu'il y eût inexécution pour que chaque partie, sur son appréciation individuelle, et sans autre condition, dût avoir le droit de tenir le contrat pour non avenu. C'eût été la possibilité, dès que l'une des obligations serait arrivée à échéance, et indépendamment de toute mise en demeure, de transformer toute convention synallagmatique en affaire à jour fixe, avec cette différence que, dans le cas de l'article 361, le délai étant fixé dans le contrat

un délai convenable avec cette déclaration qu'elle rejette toute acceptation de la prestation après expiration du délai. Après

---

lui-même et d'après la nature du contrat, il y a déchéance de plein droit par le fait de l'inexécution au jour dit, tandis que, pour les autres hypothèses, il faudrait fixer le délai après coup (*Pr.*, p. 645). La majorité s'en est tenue au système du Code de commerce, qui d'ailleurs avait reçu l'approbation de la plupart des États de l'Empire. On considéra que, pour admettre la transformation du contrat, il fallait qu'il y eût faute de la part de la partie qui n'exécute pas. Peut-être aurait-on pu s'en tenir à cette idée de faute, sans exiger les formalités de la mise en demeure. Il est vrai qu'il aurait fallu mettre la preuve de la faute à la charge de la partie qui résilie. Aussi a-t-on pensé qu'il était plus pratique d'imposer à cette dernière l'un des actes de procédure de la mise en demeure (art. 284), sauf à remettre la charge de la preuve, en ce qui touche l'absence de faute, à la charge de la partie en retard d'exécuter (art. 285). C'est ce système intermédiaire qui passa dans l'article 326, en élargissant les dispositions de l'ancien Code de commerce, et sans les distinctions admises dans ce dernier. Aussi les dispositions correspondantes ont-elles disparu du nouveau Code de commerce; et désormais il n'y aura plus de différence à faire entre les contrats du droit civil et les contrats commerciaux.

§ IV. Voilà donc quelle sera exactement, au cas de demeure du débiteur, la situation faite à la partie au détriment de laquelle se sera produit le retard d'exécution. Tout d'abord elle pourra toujours, sans fixation d'aucun délai, et à condition de prouver l'inutilité de l'exécution tardive, demander indemnité pour inexécution totale ou déclarer résiliation du contrat. Ce qu'elle aura à établir, ce n'est pas que la prestation, considérée en elle-même, lui serait inutile à raison du retard d'exécution, mais que le contrat dans son ensemble, par suite de l'exécution tardive qu'il aurait reçu, ne lui offrirait plus d'utilité (cf. art. 369 P[1] et art. 326 et note sur article 325 *in fine*). Pour éviter cette preuve, la partie intéressée pourrait poursuivre et fixer un délai conformément à l'article 283. Désormais l'article 326 lui offre une troisième ressource, mais elle suppose la demeure comme condition préalable. Dès qu'il y a demeure, ce délai peut être fixé avant tout jugement. L'intéressé, par une simple déclaration, et sans passer par justice, fixera un délai convenable d'exécution, passé lequel il sera autorisé à refuser la prestation, puisque, par avance, il se refuse à accepter : pour employer les expressions du texte, il rejette, par

expiration du délai, elle a le droit, si la prestation n'a pas eu lieu en temps utile, d'exiger réparation de dommage pour inexécution ou de résilier le contrat ; la prétention à exécution est exclue. Si, jusqu'à l'expiration du délai, la prestation n'est que partiellement inexécutée, la disposition de l'article 325 al. 1 pr. 2 reçoit application correspondante.

Si, à raison de la demeure, l'exécution du contrat ne présente plus aucun intérêt pour l'autre partie, les droits décrits l'alinéa 1er lui appartiennent sans qu'il soit besoin de fixer aucun délai.

Art. 327. En ce qui touche le droit de résiliation établi aux

---

avance, l'acceptation une fois le délai expiré (cf. note sur art. 354 § II). Il renonce éventuellement par là à l'exécution en nature (cf. art. 283). Le délai échu, si l'exécution n'a pas eu lieu, il a droit à indemnité pour inexécution totale ou à résiliation à son choix. Il semblerait, par suite, qu'il n'y a plus d'intérêt, une fois sommation faite en vue de la mise en demeure (art. 284), de pousser jusqu'au jugement et d'aboutir à l'application de l'article 283. Il en sera ainsi le plus souvent ; aussi l'application de l'article 283 sera-t-elle surtout réservée pour l'hypothèse où le créancier croira pouvoir encore compter sur l'exécution en nature. L'article 283, par ses atermoiements, lui offre la ressource d'une dernière tentative pour y arriver. L'article 326, par ses formes plus expéditives, s'appliquera dès qu'il y aura insolvabilité, lorsqu'on saura par avance qu'il n'y a plus à compter sur l'exécution réelle. Toute cette réglementation est très ingénieuse et présente des nuances d'une finesse extrême (cf. art. 358 note § III).

Art. 327. § I. Par cet ensemble de dispositions se complète la théorie de la résiliation légale, celle-ci entendue non pas d'une résiliation de plein droit, mais établie par la loi en dehors de la convention des parties. En ce qui touche sa réglementation, on lui étendra les dispositions relatives à la résiliation conventionnelle (art. 346-356). Celui à qui appartient la résiliation ayant le choix entre divers partis, l'autre pourra donc lui fixer un délai à l'expiration duquel, si la déclaration de résiliation n'a pas eu lieu, le droit de résiliation sera exclu (art. 355). Cette déclaration s'opère d'ailleurs par acte privé (art. 349), sans intervention de justice.

articles 325, 326, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions des articles 346 à 356 admises pour le droit de résiliation contractuelle. Si la résiliation a lieu à raison d'une circonstance dont l'autre partie n'ait pas à répondre, cette dernière n'est tenue que conformément aux dispositions sur la restitution de l'enrichissement sans cause.

---

§ II. Le point important était de savoir, lorsqu'il y aurait lieu à restitutions, sur quelles bases elles devraient être faites, d'après le principe de l'article 347 ou celui de l'article 818. Et il peut y avoir lieu à restitutions réciproques, par exemple lorsque le débiteur qui n'exécute pas a reçu la contre-prestation et que, de son côté, il avait fait une livraison partielle. On sait que la résiliation est possible même lorsqu'il n'y a eu qu'exécution partielle. On avait demandé que, dans tous les cas, la restitution n'eût jamais lieu que sur le fondement de l'enrichissement sans cause (art. 818). On faisait observer qu'à la différence de la résiliation contractuelle, pour laquelle les parties ont dû s'attendre à cette éventualité, il n'y avait plus, au cas de résiliation légale, à prévoir qu'il pût y avoir lieu à restitutions (*Pr.*, p. 651-653). On s'y refusa, par la raison que, jusqu'au payement définitif, la possibilité d'une résiliation subsiste et que, si cette dernière se produit par la faute de celle des parties qui n'exécute pas, celle-ci doit être responsable de toutes les suites de son fait, et restituer dans la mesure admise pour la résiliation contractuelle. Il ne devrait en être autrement que si la résiliation se produit indépendamment de la faute du débiteur, ce qui peut, en effet, se présenter par application des articles 361 et 283; et de même, lorsque le créancier qui déclare la résiliation avait reçu livraison partielle et qu'il doit restitution de ce chef.

§ III. Quant au domaine d'application de cette résiliation légale, il se trouve restreint, en principe, à celui des contrats synallagmatiques; et, pour s'étendre à d'autres, il faut un texte exprès, comme au cas des articles 527 et 636. Mais, s'il ne peut pas s'étendre par voie d'analogie, en ce qui touche les contrats qui en comportent l'application, il n'y a plus les mêmes raisons d'exclusion, lorsqu'il s'agit de l'étendre à des causes qui ne rentrent plus littéralement dans les termes de l'article 326, lequel prévoit uniquement la demeure du débiteur; et on ne peut guère parler de demeure d'exécution, lorsque le débiteur a exécuté, mais mal exécuté, le contrat : il y a violation positive du contrat. (Voir l'étude de Staub citée sous l'art. 276, p. 44 et suiv.)

TITRE TROISIÈME.

DE LA PROMESSE DE PRESTATION À UN TIERS.

Art. 328. Par contrat peut être stipulée une prestation à faire à un tiers avec cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation.

Tit. III. Sur les contrats pour autrui, voir Bibliographie dans Windscheid (édit. 1900), II, § 316, p. 277, et en particulier Hellwig, *Die Werträge auf Leistung an Dritte* (1899).

Art. 328. § I. L'article 328 n'avait pas à parler de la validité de la stipulation pour autrui dans les rapports entre contractants (art. 241 et la note). Le Code civil n'avait à s'expliquer qu'en ce qui concerne le droit du tiers bénéficiaire (cf. Sal, nos 246-247). L'article 328 admet donc expressément que le tiers pourra, par l'effet même du contrat, et sans qu'il y ait à attendre son propre consentement, acquérir un droit propre, même à son insu. Mais l'article 328 ne prétend pas qu'il y ait là un effet nécessaire et forcé. Il dépendra des parties de donner au contrat, sous ce rapport, l'effet qu'elles voudront lui attribuer. La loi n'établit même aucune présomption de nature à faire prévaloir cet effet d'attribution directe, pour le cas où les parties ne se seraient pas expliquées à cet égard. On s'en remettra aux usages pour les contrats pour autrui les plus fréquents. Le texte ne s'explique pas davantage sur la construction juridique qui doive servir à expliquer l'attribution d'un droit en dehors de toute participation de l'intéressé. Ce qui est certain, c'est que la théorie de l'offre est écartée (Sal., *Obl.*, nos 247 et 248). A-t-on voulu admettre une sorte d'obligation *ex lege?* A-t-on vu là une obligation résultant d'un engagement unilatéral, constituant l'une des exceptions annoncées par l'article 305 lui-même? Serait-ce au contraire une obligation dont l'origine resterait encore contractuelle (cf. Sal., p. 272, note 2)? L'article 368 laisse à la doctrine le soin de prendre parti; et, en général, elle paraît opter pour l'idée d'un engagement par promesse unilatérale (cf. Stamm., p. 172). Et cependant telle n'est pas la construction juridique adoptée par Hellwig (*loc. cit.*, p. 255-258). Le droit du tiers ne saurait provenir, d'après lui, ni d'une promesse unilatérale du stipulant, ni d'une promesse unilatérale du pro-

A défaut de disposition particulière, c'est d'après les circonstances, et en particulier d'après le but du contrat, qu'il y a lieu

---

mettant, mais d'un accord conventionnel entre promettant et stipulant. C'est encore le contrat qui a créé le droit, et ce droit est acquis au tiers par la double volonté des contractants. Mais, d'autre part, le tiers n'ayant pas été partie au contrat, acquérant un droit en vertu d'une volonté qui n'a existé que d'un seul côté, du côté où elle lui est acquise, ce tiers n'acquiert son droit que sous les conditions sous lesquelles les parties ont voulu le lui faire acquérir. De là, la possibilité de faire fonctionner le contrat pour autrui comme mode de création de droits à créancier indéterminé (cf. la thèse de M. Lacroix, *Étude d'une des sources de l'engagement sur soi-même à créancier indéterminé*. Paris, 1903.).

§ II. L'effet et le contenu de l'obligation prise à l'égard du tiers dépendent absolument de la volonté des parties. En ce qui touche l'effet du contrat, on peut concevoir qu'il n'y ait droit acquis qu'au profit du stipulant, ou qu'il y ait deux droits distincts et indépendants, l'un au profit du stipulant, l'autre au profit du tiers, les deux intéressés ayant le droit de poursuite, comme s'il s'agissait de créanciers solidaires, ou enfin qu'il n'y ait de droit qu'au profit du tiers. En ce qui touche le contenu et l'étendue du droit, il peut être soumis aux conditions les plus diverses; c'est ainsi qu'il peut être ou non révocable. Le point capital sera de savoir si l'on a voulu ou non faire acquérir un droit direct au tiers bénéficiaire. Il y avait, en vertu d'usages traditionnels, certains contrats au sujet desquels la solution n'était pas douteuse, comme en matière d'assurances sur la vie ou de constitutions de rente au profit d'un tiers. On avait demandé devant la seconde Commission d'admettre un criterium général, devant servir de présomption légale en faveur de l'attribution directe au profit du bénéficiaire. Ce criterium se fût trouvé dans l'idée que, toutes les fois que l'intérêt du tiers eût apparu, d'après la nature du contrat, comme le motif dominant de l'opération, il dût y avoir attribution directe du droit né à son profit. Et l'on demandait de réserver le nom technique de contrat pour autrui à ces hypothèses de contrats réellement faits en faveur d'autrui. Que l'on suppose, par exemple, la victime d'une offense qui stipule de l'offenseur une offrande à verser à un établissement de bienfaisance; l'intérêt des pauvres n'aura pas été le motif dominant du contrat. Mais que celui qui vend un cheval stipule un pourboire au profit du garçon d'écurie, c'est évidemment dans l'intérêt de ce dernier qu'il impose cette promesse. Et de même, dans les législations

de décider si le tiers doit acquérir le droit et, dans ce cas, si ce droit du tiers doit prendre naissance immédiatement ou seulement

---

qui admettent encore le principe romain de la rupture du bail au cas de vente, lorsque le propriétaire, lors de la vente, stipule le maintien du bail, il est difficile de ne pas admettre que l'intérêt dominant soit celui du locataire. On a répondu à cela qu'il suffisait, comme le fait l'article 328, d'orienter l'interprétation d'après la nature du contrat, tandis qu'il serait dangereux d'établir une présomption générale d'après un criterium, souvent difficile à apprécier, et susceptible également de se trouver en défaut (*Pr.*, I, p. 754-755).

§ III. Il semble bien toutefois qu'une présomption se dégage de l'article 328, à un point de vue spécial : c'est pour le cas où il serait préalablement établi qu'il y ait attribution directe au profit du tiers; dans ce cas, il paraît bien acquis que, sauf preuve contraire, la présomption soit en faveur de l'irrévocabilité. Ce qui ne veut pas dire que l'on soit autorisé à admettre une présomption inverse, pour le cas par exemple où le droit eût été stipulé révocable. Rien ne prouve *a priori* que l'on eût voulu s'écarter du principe de l'attribution directe, pour en revenir à l'idée d'une offre exigeant l'acceptation du tiers. Le droit aura été acquis à ce dernier, même à son insu; seulement il lui aura été acquis à titre de droit révocable. Et il pourrait y avoir à cette différence de conception certains intérêts pratiques, qui se rencontreraient, non pas en vue de la révocabilité de l'offre pour le cas de décès, celle-ci n'étant pas révoquée par le décès (art. 130, cf. cependant art. 153 et la note), mais qui se présenteraient surtout en ce qui touche les conditions de la révocabilité : celles-ci seront en général fixées par les parties; et comme le droit est déjà acquis au tiers par l'effet du contrat, celui-ci n'aura pas à intervenir pour accepter, mais uniquement pour révoquer, s'il veut repousser le droit qui avait été créé en sa faveur; tandis que, dans la théorie de l'offre, une intervention positive est nécessaire, sous forme d'acceptation, pour que l'offre produise ses effets, et cette acceptation, par ce fait même, mettrait fin à la révocabilité. Il est vrai qu'au lieu d'en revenir à l'idée d'une offre proprement dite, on pourrait admettre que le contrat a déjà produit ses effets indépendamment de l'acceptation du tiers, et que c'est la naissance même du droit qui est suspendue jusqu'à tel événement prévu par les parties (cf. art. 331). Enfin on pourrait trouver encore un intérêt pratique au cas de faillite du promettant (cf. Pl., p. 108). On pourra aussi rapprocher des contrats prévus par l'article 328 le contrat d'hérédité, dont parle l'article 1941 (cf. art. 2274 et suiv.), lorsqu'il est fait au profit d'un tiers

sous certaines conditions préalables et si la faculté doit être réservée aux contractants de supprimer ou modifier le droit du tiers sans son assentiment.

Art. 329. Si, dans un contrat, l'une des deux parties s'oblige à

(cf. Schiffner, dans *Ih. Iahr.*, 1899, p. 884; cf. également Schiffner, *Der Erbvertrag*, Fischer, 1899, § 18, p. 68, et Hellwig, *loc. cit.*, p. 591 et suiv.).

Art. 329. § I. Après avoir posé dans l'article 328 le principe de la libre interprétation de chaque espèce en cause sans aucune présomption générale établie par la loi, le Code civil, pour quelques hypothèses spéciales, fixe certaines règles d'interprétation. C'est ainsi que pour le cas de promesse de payement pour autrui, lorsqu'il n'y a pas cession de dette, ou reprise de dette proprement dite (art. 414), on devra présumer, dans le doute, que le droit n'est pas acquis au tiers immédiatement, donc qu'il n'y a pas attribution directe. C'est l'hypothèse désignée, dans la terminologie du Code civil, sous le nom de «Promesse d'exécution». Le premier Projet (art. 318 P[1]) acceptait, au cas de promesse de payement pour autrui, une première présomption que le Code civil n'a pas reproduite; elle consistait en ce que, dans le doute, un engagement de ce genre devait s'interpréter comme ne devant pas réaliser le transfert de la dette, donc comme n'étant pas une cession de dette, mais une simple promesse, de la part du promettant, de payer pour le débiteur. Sur ce premier point, l'article 329 n'établit aucune présomption légale. Il y aura donc une première interprétation à faire du contrat, pour savoir si les parties ont voulu réaliser une cession de dette ou une simple promesse de payement, ce que l'on désigne, comme il vient d'être dit, sous le nom de promesse d'exécution. Seulement, lorsque c'est cette seconde opération qui se rouve avoir été réalisée, une double interprétation était possible. On pouvait concevoir que les parties avaient entendu faire acquérir au créancier un droit direct contre le promettant, de telle sorte qu'il eût deux débiteurs au lieu d'un; ou bien on peut concevoir que le promettant ne soit engagé qu'envers le débiteur, lequel est en pareil cas le stipulant. C'est sur ce point, et pour ce cas seulement, que l'article 329 établit une présomption, d'après laquelle c'est la seconde présomption qui l'emporte. La promesse d'exécution s'analysera en ce sens que, dans le doute, le promettant n'est obligé qu'envers le débiteur et que le créancier n'a acquis aucune action contre lui.

§ II. Dans le cas où il serait établi, au contraire, que les parties ont voulu

désintéresser un créancier de l'autre partie, sans toutefois reprendre la dette, il n'y a pas lieu, au cas de doute, d'admettre que le créancier doive acquérir directement le droit de poursuivre contre elle son désintéressement.

Art. 330. Si, dans un contrat d'assurance sur la vie ou de consti-

---

accorder un droit direct au créancier contre le promettant, le créancier se trouverait avoir deux débiteurs au lieu d'un. C'est ce que l'on a appelé quelquefois le transport cumulatif, par opposition au transport privatif, lequel se réalise par la cession de dette proprement dite.

§ III. D'après la présomption de l'article 329, ce n'est pas ce transport cumulatif qui constituera le droit commun en matière de promesse d'exécution. Cette dernière ne crée d'engagement qu'entre le promettant et le stipulant; et cette obligation consiste en ce que le promettant doit payer pour le débiteur. C'est ce qu'un tiers peut toujours faire, même de son chef. Mais, subsidiairement, cette obligation consistera, en outre, en ce que le promettant devra garantir le débiteur contre le payement auquel ce dernier aurait pu être contraint sur la poursuite du créancier. Ce sont là les deux chefs de la promesse d'exécution; de droit commun, celle-ci ne va pas au delà. L'article 318 P[1] avait pris soin de le dire. Il déclarait que le promettant n'était pas censé s'être engagé envers le débiteur à lui procurer sa libération immédiate; cet engagement, d'après le premier Projet, pesait en effet sur le nouveau débiteur, au cas de cession de dette. Aussi pouvait-on craindre qu'on voulût le présumer à la charge du promettant au cas de promesse d'exécution. L'article 318 P[1] avait pour but d'écarter cette présomption. Mais le Code civil, même en matière de cession de dette, n'a plus admis cette obligation comme existant de plein droit à l'encontre du cessionnaire de la dette. Il n'y avait donc pas à craindre qu'on fût tenté de l'imposer au promettant dans la simple promesse d'exécution. Aussi l'article 329 n'avait-il plus à en parler. La seule question qui se posait était de savoir si la promesse d'exécution, étant une stipulation pour autrui, ferait acquérir un droit direct au créancier. Voilà pourquoi c'est dans la matière des stipulations pour autrui que cette disposition a été placée.

Art. 330. L'article 330 vise les cas principaux d'application de la stipulation pour autrui, dans lesquels, contrairement à l'hypothèse prévue à l'ar-

tution de rente viagère, le payement du capital assuré ou celui de la rente ont été stipulés au profit d'un tiers, il y a lieu, au cas de doute, d'admettre que le tiers doive acquérir directement le droit de poursuivre la prestation. Il en est de même lorsque, dans une disposition à titre gratuit, il a été imposé au gratifié de faire une prestation au profit d'un tiers ou que, dans un acte de transmission de patrimoine ou de cession de bien, une prestation au profit d'un tiers ait été promise par l'attributaire à titre d'arrangement au regard des intéressés.

---

ticle 329, il y a présomption d'acquisition d'un droit propre et indépendant au profit du tiers bénéficiaire; et il cite en premier lieu l'assurance sur la vie, ce qui pratiquement aura une grande importance, puisque cela revient, en faisant sortir le capital stipulé du patrimoine de l'assuré, à le soustraire dans tous les cas aux droits des créanciers (Sal., n° 251). Mais il ne faut pas conclure des termes de l'article 330 que le tiers ait déjà, du vivant même de l'assuré, un droit irrévocable à exiger le capital : sans doute, si l'assuré l'a voulu ainsi, il a les mains liées, puisque les parties sont libres. Mais ce n'est guère dans les usages, aussi est-ce surtout en vue de cette hypothèse de l'assurance sur la vie qu'a été écrite la présomption de l'article 331 (voir la note sur l'article 331), qui vient corriger l'impression que pourraient produire les termes de l'article 330; et, en tout cas, d'aucune façon il ne s'agirait du droit d'exiger immédiatement la prestation, celle-ci n'ayant jamais qu'un caractère éventuel, mais d'un droit existant immédiatement en vue d'une prestation future. Au contraire, bien entendu, ce droit immédiat existe au cas de rente viagère et dans les autres hypothèses visées dans la fin de l'article. La plus importante est celle des cessions de patrimoines, pratiquées surtout dans les domaines ruraux, et principalement à l'égard des biens de paysans, ou fermes rurales, qui existent encore en Allemagne et pour lesquels il est d'usage, afin de maintenir l'indivisibilité du domaine ou de l'exploitation, d'attribuer une part prépondérante à un seul des enfants, sauf à lui imposer, à titre d'arrangements de famille, des compensations, sous forme de soultes par exemple, à fournir à ses cohéritiers (cf. sur ce point Blondel, *Études sur les populations rurales de l'Allemagne*, 1897, p. 102 et suiv., p. 191 et suiv., p. 369 et suiv.).

Art. 331. Lorsque la prestation à faire à un tiers doit avoir lieu au décès seulement de celui à qui elle avait été promise, le tiers, au cas de doute, acquiert le droit à la prestation au décès de celui qui a reçu la promesse.

Art. 331. § I. Dans la terminologie du Code allemand, le stipulant est désigné sous le nom de «celui qui reçoit la promesse». On n'a voulu d'aucun terme qui pût préjuger le caractère contractuel de l'obligation prise sous forme de stipulation pour autrui. Il fallait réserver ainsi le droit, pour la doctrine, de ne voir dans la promesse ainsi faite qu'un engagement purement unilatéral. L'expression adoptée se prêtera à toutes les combinaisons théoriques. Il eût été à désirer, au lieu d'une périphrase, que l'on pût trouver une expression française correspondante. Mais le terme de «bénéficiaire de la promesse» eût prêté à équivoque, celui de «destinataire de la promesse» n'eût pas suffisamment marqué le rôle joué par le stipulant, qui, en recevant la promesse, fait au moins un acte de volonté, sauf à la doctrine à en définir le caractère.

§ II. L'article 331 contient deux règles importantes introduites par la seconde Commission, l'une interprétative, l'autre dispositive, et toutes deux destinées à trouver surtout application au cas d'assurance sur la vie ou de rente viagère au profit d'autrui (voir la note sur l'article 330). La règle interprétative, donc permettant de rechercher dans les éléments mêmes du contrat, et en dehors de toute disposition expresse, une interprétation contraire, vise le cas où la prestation ne doit être fournie qu'à la mort du stipulant. C'est le cas ordinaire en matière d'assurance au profit d'autrui. On voulait réserver au stipulant, sa vie durant, le droit de révocation, et l'on pouvait ainsi choisir entre trois conceptions juridiques possibles : ou bien la théorie de l'offre avec acceptation à n'intervenir qu'au décès du stipulant, ou la théorie d'un droit déjà acquis révocable jusqu'au décès, ou celle enfin d'un droit qui ne dût naître qu'à la mort du stipulant. La première eût permis au décès même du stipulant de révoquer encore tant que l'acceptation ne serait pas intervenue et la seconde impliquait la transmissibilité de plein droit aux héritiers du tiers bénéficiaire, même décédé avant le stipulant. L'article 331 considère qu'il n'y a pas d'offre à proprement parler, mais constitution d'un droit à naître au décès du stipulant, quelque chose d'analogue à ce que serait une disposition sous forme de legs. C'est comme un droit résultant d'une disposition à cause de mort, lequel serait créé par contrat. On sait

Si ce dernier vient à mourir avant la naissance du tiers, la promesse de faire prestation au tiers désigné ne peut être supprimée ou modifiée que si la faculté en a été ainsi réservée.

---

d'ailleurs que, dans le droit allemand, le legs peut être créé par contrat, ce qui ne veut pas dire que le droit visé à l'article 331 soit assimilé à celui qui résulterait d'un legs, puisque le legs, à la mort du stipulant, serait encore dans sa succession, tandis que le droit acquis au tiers lui est transmis directement sans avoir passé par la succession de l'assuré. Mais il n'y en a pas moins là un droit de caractère mixte, né d'un acte entre vif, lequel acte est bien encore une disposition faite entre vifs, mais destinée à s'ouvrir sous les conditions d'une disposition à cause de mort. La révocation pourra donc avoir lieu jusqu'au décès; mais, à partir de ce moment, le droit est né et définitivement acquis au profit du titulaire qui se trouve actuellement désigné. On avait proposé un amendement portant que, si le tiers mourait avant le stipulant, ses héritiers n'acquerraient pas, à la mort de ce dernier, le droit stipulé au profit de leur auteur, et cela sans qu'il soit besoin de révocation expresse. Mais on fit remarquer que c'était tout à fait inutile. Un droit qui n'est pas encore né, pas même à l'état de droit à terme ou conditionnel, n'est pas transmissible aux héritiers. Pour décider le contraire, il faudrait donc considérer, par voie d'interprétation, que les héritiers du tiers désigné ont été éventuellement substitués à ce dernier : interprétation qui peut être très légitime en certain cas, inadmissible en général lorsqu'il s'agit de rente viagère, mais très plausible dans certain cas d'assurance, si elle est faite par exemple au profit d'un enfant qui meurt laissant des descendants (cf. art. 2069), mais qui ne le serait plus guère si elle était au profit de la femme et qu'à défaut d'enfants, celle-ci eût pour héritiers des parents de sa ligne. En tout cas, on ne pouvait établir aucune règle fixe ni dans un sens, ni dans l'autre; mais quoi que l'on décide, il ne s'agirait jamais de transmission, mais de substitution (cf. Pl., sur art. 331, et *Pr.*, I, p. 760; cf. Hellwig, *loc. cit.*, p. 213, 216, et Ehrenberg, dans *Iher. Iahr.*, 1900, p. 382 et suiv.).

§ III. La seconde règle concerne le cas où l'on eût désigné un tiers qui ne fût pas encore né au décès du stipulant : la disposition de l'article 331 ne s'appliquait plus, le droit ne trouvant, au moment où il aurait dû se fixer, aucun sujet actif en qui il puisse naître. Les héritiers du stipulant devenaient maîtres de la situation. Et ici il fallait une disposition expresse de la loi pour

Art. 332. Si celui qui a reçu la promesse s'était réservé la faculté de substituer, sans l'assentiment du promettant, une autre personne à la place du tiers désigné au contrat, il peut également, dans le doute, le faire dans une disposition à cause de mort.

---

réserver un droit à qui n'existe pas encore. On ne peut pas dire que c'est un droit qui est établi au profit du futur bénéficiaire, mais une obligation du promettant qui subsiste en vue de la naissance de son titulaire (cf. art. 2101). Le promettant reste lié, c'est une obligation sans créancier (Pl., sur art. 331, p. 110-111). Et comme cette règle légale répondait absolument aux usages admis en matière d'assurance, pour le cas de stipulation au profit des enfants nés et à naître, et à la volonté presque certaine des parties, la loi n'a pas voulu en laisser l'application aux hasards de l'interprétation du contrat; elle en a fait une règle dispositive à laquelle il ne peut être dérogé que par une clause expresse du contrat (*Pr.*, I, p. 765-766; cf. Kipp sur Wind., II, p. 286-287).

Art. 332. On a voulu par là donner une facilité de plus au stipulant, ce qui vise surtout l'assuré, dans le cas où il doit être considéré comme ayant le droit de changer de titulaire par une déclaration de volonté unilatérale, qui n'ait pas à être adressée au promettant lui-même; et on considère, sauf intention contraire, qu'il doit en être ainsi toutes les fois que le promettant n'a pas de consentement à donner sur ce point. Dans ce cas cette déclaration, pouvant se faire par acte unilatéral, pourra être contenue dans un acte de dernière volonté, ce qui ne veut pas dire qu'elle doive valoir comme disposition à cause de mort, si bien que la somme stipulée au profit du tiers soit traitée comme un legs faisant partie de la succession de l'assuré et devenant le gage de ses créanciers. Le contraire a été absolument affirmé dans la seconde Commission, lors de l'amendement d'où est sorti l'article 332; et d'ailleurs la rédaction du texte prouve absolument qu'il en est ainsi, puisque, s'il est dit que cela puisse se faire dans un acte de disposition à cause de mort, on n'ajoute pas que ce soit une disposition de ce genre, et que le droit commun des articles 328 et 331 garde son application : il s'agit donc d'un droit qui, en vertu du contrat primitif, naît au jour même du décès au profit du tiers désigné, fût-il même désigné dans un testament, peu importe, et cela sans avoir jamais fait partie de la succession du stipulant (*Pr.*, I, p. 760).

Art. 333. Si le tiers repousse envers le promettant le droit qui lui avait été acquis du contrat, ce droit est considéré comme non acquis.

Art. 334. Les moyens de défense résultant du contrat appartiennent au promettant également à l'encontre du tiers.

Art. 333. L'article 333 montre bien qu'il ne s'agit pas d'une offre ayant besoin de l'acceptation du bénéficiaire : il ne consacre pas un refus d'acceptation, mais un droit de répudiation comme l'indique le terme *zurückweisen* (repousser) dont se sert le texte. Le droit étant acquis, le tiers peut déclarer n'en pas vouloir, et alors il doit le faire par déclaration de volonté, déclaration qui ne produit son effet que par sa réception par le destinataire.

Art. 334. La seconde Commission, en faisant de ce principe une mesure de caractère dispositif (cf. *Pr.*, I, p. 768-769), reconnaît que le droit pour le promettant d'opposer les exceptions nées du contrat est de la nature même du contrat pour autrui; ce qui cependant ne doit pas pouvoir signifier qu'on ne puisse y déroger par une disposition expresse (cf. art. 416 P[1]). C'est la conséquence de l'idée que l'obligation du promettant est issue du contrat et contenue au contrat; elle n'est donc valable que si le contrat est valable. Et il faut comprendre parmi ces exceptions, non seulement celles relatives à la formation du contrat, mais celles qui concerneraient son exécution. On n'en doit exclure que celles tirées de faits absolument personnels au stipulant et étrangers au contrat, comme serait la compensation. Toutefois, en ce qui concerne les exceptions relatives à l'exécution du contrat, des difficultés pratiques et théoriques assez délicates peuvent s'élever, pour lesquelle il suffira de renvoyer à l'analyse minutieuse et pénétrante de Planck à ce sujet (§ 334-2). On ne peut que les signaler ici. La difficulté provient, au cas de contrat synallagmatique, de ce que l'obligation du promettant existe à l'égard du tiers bénéficiaire, alors que c'est contre le stipulant qu'il peut poursuivre la contre-prestation; si donc celui-ci n'exécute pas, le promettant opposera au tiers l'exception de refus de payement (art. 320-322). Mais pourra-t-on appliquer l'article 322, en prononçant une condamnation concomitante? L'objection vient de ce que cela ne se comprend guère que si le demandeur ait lui-même une prestation à exécuter, ce qui n'est pas le cas ici.

Art. 335. Celui qui a reçu la promesse peut également, tant qu'il n'y a pas lieu d'admettre une volonté différente de la part des con-

---

Planck fait observer cependant que cette condamnation n'affirme pas l'existence d'une obligation réciproque du demandeur, mais subordonne l'exécution par le défendeur à une condition de fait, qui est le payement de ce qui lui est dû; ce qui est pratiquement possible dans l'espèce. Autres difficultés provenant de l'application de l'article 323. S'il s'agit d'impossibilité dont le stipulant n'ait pas à répondre, le promettant se considérera comme délié purement et simplement à l'égard du tiers; mais si le stipulant était en faute, l'article 325 laisse au promettant un choix dont l'application peut être délicate à l'égard du tiers bénéficiaire. S'il demande indemnité, ce qu'il ne peut faire qu'à l'égard du stipulant, il n'a plus d'exception à opposer au tiers; mais s'il opte pour la résiliation, peut-il l'opposer aussi à ce dernier? Cela ne serait pas douteux au cas de résiliation conventionnelle, par exemple lorsque, au cas d'assurance, la police contient le droit de résiliation par le seul fait de non-payement des primes; on peut donc penser qu'il doit en être de même de la résiliation légale. Mais, si l'obligation à l'égard du tiers était maintenue et que la résiliation n'opérât qu'entre les contractants, il faudrait donc que le stipulant indemnisât l'autre partie de l'obligation qui subsiste contre elle au profit du bénéficiaire, ce qui serait, au cas d'insolvabilité, aller contre le but même de l'article 325. Mais la question peut, en effet, rester douteuse (cf. Pl., p. 113, et Scholl., 227-228). Pour le cas où le contrat pour autrui aurait la forme d'un contrat abstrait, l'application de l'article 334 peut donner lieu à des difficultés spéciales, qui ont été prévues et élucidées par Hellwig, *loc. cit.*, p. 270 et suiv.

Art. 335. § 1. Il s'agissait de savoir si dans les cas, qui d'ailleurs seront les plus fréquents (art. 328), où le tiers acquiert un droit propre en vertu du contrat, le stipulant garde le droit de poursuite, s'il y a par suite deux droits parallèles et distincts en vue du même objet, lequel est l'exécution de la prestation au profit du tiers. L'article 335 considère que cette dualité sera la règle, à moins qu'on ne puisse induire une intention contraire du contrat lui-même, et on n'exige pas pour cela une clause expresse. C'est ainsi qu'en matière d'assurance il est généralement admis qu'au moment où s'ouvre le droit du bénéficiaire, au décès de l'assuré, les héritiers n'auraient pas le droit de poursuivre la compagnie en vue du capital à verser au tiers désigné. Et cependant,

tractants, agir en exécution de la prestation à faire au tiers, alors même que le droit à la prestation appartient à ce dernier.

---

même dans cette dernière hypothèse, on devrait admettre qu'en attendant le droit n'en existe pas moins au profit du stipulant contre le promettant, ne serait-ce qu'au cas de faillite de celui-ci. Il y aurait donc lieu de distinguer, même là où le tiers seul a le droit de poursuite, entre l'action qui n'appartient plus au stipulant, parce que suivant une théorie il serait censé l'avoir cédée au tiers, et le droit lui-même dont il pourrait encore se prévaloir dans certaines circonstances (cf. *Pr.*, p. 756). Quoi qu'il en soit, la règle reste qu'il y a deux droits, et deux droits de poursuite parallèles.

§ II. Seulement cette coexistence de deux droits parallèles peut donner lieu à certaines difficultés, soit quand le tiers refuse le droit qui se trouve lui appartenir en vertu du contrat, soit quand le promettant manque à son obligation. Dans le premier cas, il y a lieu d'interpréter le contrat pour savoir ce que peut exiger le stipulant, dont le droit théoriquement subsiste encore. S'il doit être considéré comme s'étant réservé le droit, pour cette hypothèse, de poursuivre la prestation au profit d'un autre, ou, ce qui sera le cas ordinaire, à son profit personnel, il pourra le faire; sinon, l'exécution au profit du tiers désigné exigeant presque toujours le concours de ce dernier pour la réception de la prestation, s'il s'y refuse, on peut considérer que le promettant se trouvera libéré de sa promesse, par une impossibilité dont il n'a pas à répondre (art. 275), et qu'il en supportera les risques dans la mesure de l'article 323. Telle est la solution proposée par Planck. Mais elle a été vivement critiquée par Hellwig qui en a montré les impossibilités pratiques, en matière de transport par exemple et de livraison à faire à autrui. Si le destinataire refuse, admettra-t-on que le transporteur sera libéré de son obligation, parce que l'exécution lui est rendue impossible? Il est donc préférable de voir dans cette hypothèse une application de la demeure d'acceptation avec toutes les conséquences qui en découlent au profit du débiteur (Hellwig, p. 111 et suiv.; cf. Kipp sur Wind., II, 287-288 et note sur art. 295).

§ III. Si, au contraire, le tiers n'ayant pas rejeté le droit qui lui est acquis, c'est par la faute du promettant que celui-ci n'exécute pas, on retrouve, un peu en sens inverse, des difficultés analogues à celles prévues en note sous l'article 334. Le tiers peut opter pour l'indemnité; et le stipulant aura un droit analogue, seulement son indemnité à lui se mesurera à l'intérêt qu'il avait à ce que le tiers bénéficiât de la prestation promise. Mais au lieu de

l'indemnité, reste la résiliation, et c'est le stipulant seul qui peut l'exercer, puisque entre le tiers et le promettant il n'y a pas contrat synallagmatique. Si donc le stipulant l'exerce, on peut se demander s'il peut ainsi l'imposer au tiers et le priver du droit qui lui est déjà acquis relativement à la prestation promise, sous prétexte que le promettant n'exécute pas. Que le stipulant puisse exiger la résiliation dans les rapports entre lui et le promettant, ce n'est pas douteux. Et cela est certain, non seulement lorsque la promesse pour autrui était l'accessoire d'un engagement principal pris envers le stipulant, mais même lorsque cette promesse envers le tiers désigné était le seul engagement pris par le promettant. Le stipulant y trouvera intérêt, pour être libéré de ce que lui-même devait fournir. Mais la question qui se pose est de savoir si, en exerçant ce droit de résiliation, le stipulant peut ainsi priver le tiers du droit à indemnité résultant pour lui du droit qui lui avait été acquis et qui se trouverait résolu après coup, ou si, au contraire, la résiliation du contrat laisse subsister le droit à indemnité du tiers bénéficiaire. La seconde opinion paraît bien être la plus logique comme la plus pratique, tout au moins lorsque le droit est acquis au tiers d'une façon irrévocable. Le stipulant est, vis-à-vis de lui, dans la même situation que s'il lui eût cédé les droits résultant du contrat. Il ne peut plus les exercer à son préjudice (cf. Hellwig, p. 305 et suiv.). D'autre part, si l'on accepte la première solution, il faudra admettre, puisque le contrat est résolu et que par suite le promettant est libéré, que l'indemnité due au tiers sera fournie par le stipulant, qui serait censé l'avoir prise à sa charge. Telles sont les différentes issues possibles du problème. On pourrait concevoir que tout dépendît d'une question d'interprétation de volonté, et peut-être y aurait-il à distinguer suivant que la promesse pour autrui était accessoire ou principale. Planck, au contraire, nie d'une façon générale, et sans aucune distinction, que la résiliation puisse être opposable au tiers. Il donne ainsi une solution inverse de celle admise sur l'article 334, lorsque c'est au profit du promettant que le droit à résiliation se trouve exister et que c'est à l'encontre du tiers bénéficiaire qu'il va pouvoir s'exercer. C'est que, dans cette hypothèse, le promettant n'a contracté que sous la condition d'avoir, comme garantie de la contre-prestation à laquelle il a droit, tous les moyens légaux établis par la loi en matière de contrats synallagmatiques. Planck considère, à l'inverse, lorsque la question se présente du côté du stipulant, à raison de l'inexécution du promettant, que le stipulant a entendu faire acquérir au tiers un droit ferme qui ne puisse plus dépendre ni de son fait à lui, ni du fait du promettant. Le tiers pourrait donc encore agir contre ce dernier. Seulement,

TITRE QUATRIÈME.

DES ARRHES. DE LA CLAUSE PÉNALE.

Art. 336. Si, lors de la formation d'un contrat, il a été donné quelque chose à titre d'arrhes, cela vaut comme signe de la conclusion du contrat.

---

comme le stipulant a résilié le contrat, et qu'il s'est libéré lui-même de ce qu'il devait, il devrait rembourser au promettant l'indemnité fournie par lui. Le promettant se trouverait avoir exécuté sous forme de dommages-intérêts un contrat qui se trouvera postérieurement résilié; le remboursement de ce qui a été fourni rentre parmi les restitutions que les parties peuvent se devoir après la résiliation. Mais cette opinion de Planck a été vivement contestée, et en particulier par Schollmeyer (p. 230), lequel considère que le stipulant, au moins lorsqu'il éprouve un dommage personnel par suite de l'inexécution, a droit à toutes les garanties que la loi lui donne, et entre autres à la résiliation, sans avoir à subir la charge des dommages-intérêts à l'égard du tiers bénéficiaire. C'est lui qui a fait naître le droit du tiers, en prenant l'initiative du contrat; il reste maître du contrat, sous les conditions du droit commun. Peut-être jugera-t-on enfin que ces deux opinions sont quelque peu absolues, et qu'il serait préférable de s'en remettre pour chaque espèce à l'interprétation de la volonté des parties, d'après la nature du contrat.

Art. 336. Ces règles, dont la seconde seulement est de nature interprétative, sont importantes en pratique à raison des usages locaux, en ce qui touche les arrhes; et c'est même en vue de ces derniers qu'on a voulu, à propos de la faculté de dédit, réserver la preuve contraire tirée de l'interprétation du contrat. En disant que les arrhes indiquent que le contrat est conclu et en fournissent la preuve, on a voulu exclure la conception en vertu de laquelle en ferait des arrhes une condition du contrat, de telle sorte que celui-ci ne daterait que de la remise des arrhes. Mais, tout en indiquant que le contrat est définitif, les arrhes pourraient signifier (c'était une conception souvent admise dans l'ancien droit allemand) que les parties eussent encore la faculté de résilier en perdant les arrhes : c'est cette faculté de dédit qui n'est plus

Dans le doute, les arrhes ne valent pas comme faculté de dédit.

Art. 337. Les arrhes, au cas de doute, doivent être imputées sur la prestation due par celui qui les a données, ou, s'il ne peut en être ainsi, elles doivent être restituées lors de l'exécution du contrat.

Lorsque le contrat vient à être supprimé, les arrhes doivent être restituées.

---

admise dans le Code civil que par voie d'interprétation, si la preuve en ressort du contrat (cf. décision contraire de l'art. 1590 C. civ. fr.); tandis que, pour admettre la preuve contraire contre la règle du premier alinéa, il faudrait une intention expresse et expressément formulée.

Art. 337. La disposition de l'article 337 n'est que la conséquence de la conception admise par l'article 336. Les arrhes, dans l'intention des parties, servent de preuve au contrat; elles ne sont donc pas un supplément de prestation venant s'ajouter à ce que doit la partie qui les remet. Aussi, une fois l'exécution fournie, le contrat n'ayant plus besoin d'être prouvé, les arrhes doivent ou s'imputer sur le payement ou être restituées (cf. cependant art. 338). Mais ce n'est là encore qu'une règle interprétative. Tout à l'opposé, l'article 418 P[1] exigeait, comme preuve de l'intention contraire, une disposition expresse des parties. Le changement de rédaction admis par la seconde Commission a été une demi-satisfaction accordée aux réclamations des partisans de l'usage encore subsistant dans une grande partie de l'Allemagne, usage contraire au principe romain de considérer les arrhes, surtout en matière de louage de services, comme un supplément de prestation que le maître ou le patron n'ait pas à retenir sur les gages ou salaires de l'employé (cf. *Pr.*, p. 772-773). Bien entendu, le principe de la restitution devait s'imposer également pour le cas de résiliation conventionnelle ou légale, peu importe qu'il s'agisse de ce que l'on appelle quelquefois le *mutuus dissensus* ou le retrait visé par les articles 346 et suivants. De là l'expression très large du texte. L'article 418 P[1] avait ajouté qu'il en serait de même au cas de nullité, ce que l'on a supprimé comme inutile, par suite de l'application du principe général de l'article 139, et comme dangereux, puisqu'on n'eût fait aucune exception, et qu'il y en aurait à faire, au moins si la nullité était fondée sur un but immoral de la part de la partie qui eût donné les arrhes (cf. art. 817).

Art. 338. Lorsque la prestation due par celui qui a donné les arrhes devient impossible à raison d'une circonstance dont il ait à répondre, ou que ce dernier par sa faute ait été cause de la suppression du contrat, celui qui a reçu les arrhes est autorisé à les conserver. Si ce dernier demande réparation de dommage pour inexécution, les arrhes, au cas de doute, doivent être imputées sur l'indemnité à recevoir, ou, s'il ne peut en être ainsi, être restituées lors de la prestation faite à titre de réparation de dommage.

Art. 339. Si le débiteur promet au créancier, pour le cas qu'il

---

Art. 338. La disposition de l'article 338, tout à fait conforme aux usages, peut paraître un peu contradictoire avec le principe de l'article 337 que les arrhes sont une avance sur le payement, puisque, si au cas d'inexécution le maintien des arrhes peut être considéré comme une exécution partielle, ce que confirmerait d'ailleurs le principe d'imputation sur l'indemnité à recevoir, cela ne peut plus guère se concevoir s'il y a résiliation du contrat; et il peut en être ainsi tout aussi bien dans le cas où l'autre partie opte pour la résiliation de l'article 325, puisque en pareille hypothèse il n'y a plus d'exécution à effectuer de la part d'aucune des deux parties et qu'il n'y a pas davantage de dommages-intérêts à fournir (voir note sur art. 325). Il faut donc admettre, comme dit Planck (p. 118), que les arrhes, outre leur fonction principale, celle de l'article 336, jouent en quelque sorte le rôle d'une clause pénale *sui generis*, en vue de contraindre la partie qui les a fournies à s'exécuter. Si donc elle manque à ses engagements, l'autre partie les garde, soit qu'elle résilie (art. 325), soit qu'elle se considère comme libérée de la contre-prestation (art. 323), et il n'y a imputation qu'au cas d'indemnité. Les arrhes peuvent donc servir d'une sorte de forfait éventuel en vue des dommages intérêts que de droit commun le créancier n'a pas le droit de cumuler avec les facultés que lui offre l'article 325. Mais, en dépit de l'analogie, il ne faudrait pas voir là une véritable clause pénale à laquelle fût applicable, par exemple, la disposition de l'article 343.

Art. 339. La clause pénale a un double rôle. Elle est un moyen de contrainte, par la menace d'une indemnité, généralement plus élevée que ne serait celle des articles 251 et 252, indemnité déjà liquidée et fixée avant

n'exécute pas son engagement ou qu'il ne l'exécute pas d'une manière satisfaisante, le payement d'une somme d'argent à titre de peine, la peine est encourue dès que lui-même est constitué en demeure. Si la prestation due consiste en une abstention, elle est encourue au moment où il est contrevenu à cette abstention.

Art. 340. Lorsque le débiteur a promis la peine pour le cas qu'il n'exécutât pas son engagement, le créancier peut, au lieu de

---

toute demande en justice. Et, d'autre part, elle a pour but de fournir un forfait au créancier. Mais, même à ce point de vue, elle ne vise pas seulement le forfait à établir, elle tend aussi à supprimer les difficultés de preuve, en ce qui concerne le créancier. Celui-ci n'aura à prouver ni la réalité même de l'impossibilité d'exécution, ni l'existence exacte du dommage qui en résulte pour lui, ni même le montant de l'étendue de ce dommage. Il suffira, pour donner ouverture à la clause pénale, que le débiteur soit en demeure. Et cette condition s'applique aux deux cas prévus par l'article 339, celui où la peine vise l'inexécution totale et celui où elle ne vise que l'exécution incomplète. Mais, par là aussi, on voit qu'il s'agit toujours, même sous cette forme conventionnelle, d'une indemnité à fournir, et non d'une stipulation de garantie, puisque la demeure implique la faute. Il n'y aurait garantie que si l'obligation consistait à ne pas faire, puisqu'il suffit, en pareil cas, que le fait prohibé ait été réalisé, pour que la peine soit encourue, sans autre preuve (art. 343). Il va de soi que la clause pénale serait non avenue, si le contrat était nul, et également si l'obligation venait à être éteinte avant que la peine eût été encourue, ou encore si l'impossibilité d'exécution était imputable au créancier. D'ailleurs, pour ce qui est du créancier, le seul fait qu'il fût en demeure, et l'on sait que la demeure d'accepter n'implique pas forcément l'idée de faute, le rendrait irrecevable à réclamer la peine stipulée (*Pr.*, I, 787).

Art. 340. L'article 340 vise le premier des deux cas indiqués à l'article 339, celui où la peine est stipulée pour inexécution (cf. art. 341). La question importante était de savoir si le créancier aurait le choix entre la peine stipulée et les moyens que lui offre le droit commun. Un premier point ne pouvait faire doute. Tant qu'on s'en tieut à la demeure, la preuve de l'impossibilité n'est pas faite, le créancier peut s'en exempter en réclamant la peine encourue; mais il ne peut avoir perdu par le fait même le droit d'exiger

l'exécution, exiger la peine encourue. Si le créancier fait déclaration au débiteur portant qu'il exige la peine, la prétention à exécution se trouve exclue.

---

l'exécution en nature. Seulement il ne peut y avoir cumul, c'est l'un ou l'autre, la peine aux lieu et place de l'exécution, comme dit l'article 340. Serait-ce donc une véritable alternative au sens des articles 263 et 264? L'article 420 P[1] semblait bien l'admettre. Mais on a entendu adopter, comme texte définitif, une rédaction qui n'impliquât plus application forcée de l'article 264. On voulait surtout écarter le droit accordé au débiteur par l'article 264 al. 2. D'autre part, il ne pouvait y avoir de décision irrévocable que si le créancier opte pour la peine; dans le cas contraire, il fallait, si l'exécution se trouve impossible, que le créancier pût revenir au droit d'exiger la peine. Il en serait de même également, s'il y avait eu exécution partielle et acceptation par le créancier, dans les cas où cette exécution partielle pourrait encore donner droit à une indemnité pour inexécution (art. 280 al. 2 et 283 al. 2); seulement cette dernière preuve reste à la charge du créancier. Au contraire, si le créancier opte pour la peine, et il doit le faire par une déclaration qui ne produit son effet que par sa réception par l'intéressé (art. 130), il ne peut plus revenir sur son choix et demander exécution. Quant au second point, celui qui se présente au cas où, l'impossibilité imputable à faute étant démontrée, il y a lieu à indemnité pour inexécution, il pouvait donner lieu à des doutes sérieux. On aurait pu penser que le créancier, ayant fixé et accepté par avance le montant de l'indemnité, il eût apprécié le dommage éventuel et qu'il n'eût plus le droit de demander davantage : ce serait une indemnité forfaitaire. On a pu craindre, s'il en était ainsi, que l'on fût tenté de fixer des clauses pénales excessives (cf. Sal., n° 245). De sorte que le créancier a toujours le droit de demander plus que la somme fixée, à condition pour lui de faire la preuve d'un dommage supérieur. Et, dans ce cas, peu importe qu'il ait opté pour la clause pénale ou pour l'indemnité de droit commun; car dans cette dernière hypothèse il a toujours droit, quel que soit le dommage, à la peine stipulée comme minimum; de sorte que s'il choisit la peine il garde le droit de demander indemnité supplémentaire (exception au cas de l'art. 342). Cela concorde, d'ailleurs, avec la disposition formant le second alinéa de l'article 288 (*Pr.*, p. 776). Toutefois on trouvera une exception importante apportée à l'application de ces principes généraux, dans l'article 75 al. 2 du Code de Commerce.

Lorsqu'il appartient au créancier de faire valoir une prétention de dommage pour inexéution, il peut exiger la peine encourue comme représentant un taux minimum de dommage. Il n'est pas déchu du droit de faire valoir un dommage supérieur.

Art. 341. Lorsque le débiteur a promis la peine pour le cas qu'il

---

Art. 341. § I. L'article 341 vise la seconde des deux hypothèses prévues par l'article 339, celle où la clause pénale n'a été stipulée que pour le cas d'exécution incomplète; et, par exécution incomplète, on peut comprendre bien des cas très distincts. Car il pourrait se faire que l'on eût entendu viser par là-même l'exécution entachée d'un vice caché. Il y aura donc lieu tout d'abord de fixer par voie d'interprétation à quelle catégorie d'inexécution incomplète ou partielle la clause pénale devra s'appliquer; et même il pourrait se faire qu'on eût entendu la stipuler pour tous les cas quelconques d'irrégularité d'exécution. Le caractère forfaitaire de la peine n'en serait que plus accentué. Or il va de soi que cette hypothèse était très distincte de celle prévue par l'article 340. Lorsque l'indemnité stipulée à titre de peine représente la valeur de l'exécution totale, elle ne peut se cumuler avec cette dernière. Lorsqu'elle ne représente que ce qui manque à l'exécution pour être complète, elle doit se cumuler avec l'exécution partielle ou irrégulière déjà fournie. Le cas le plus important en pratique sera celui d'exécution tardive. Dans le cas assez rare où l'on eût voulu prévoir les vices cachés, la situation devient un peu différente; car ces vices existent indépendamment de toute mise en demeure. La clause pénale peut être invoquée sans qu'il y ait demeure du débiteur, et alors les facilités de preuve admises par l'article 339 n'existent plus. Le créancier aura à prouver l'étendue du dommage. Il est vrai que la peine lui présentera encore cet avantage de lui offrir un taux minimum d'indemnité.

§ II. Il va de soi, cependant, que, si l'exécution donne lieu à indemnité, cette dernière ne peut plus se cumuler avec la peine : l'une représente l'autre. La peine s'imputerait alors, comme taux minimum, sur le montant de l'indemnité, par application de l'article 340 al. 2.

§ III. Restait à se demander si, par le fait que le créancier avait reçu et accepté l'exécution sans autre réserve, son droit à la peine stipulée était maintenu, sauf à mettre à sa charge la preuve de l'irrégularité d'exécution; ou si, au contraire, ce droit était perdu par le fait même. En tant que principe général, il a été reconnu que le seul fait de réception du payement, sans réserves

n'exécutât pas son engagement d'une manière satisfaisante, et en particulier qu'il ne l'exécutât pas au temps convenu, le créancier peut, indépendamment de l'exécution, exiger la peine encourue.

---

immédiates, ne suffisait pas à faire perdre au créancier les droits et sûretés accessoires qui lui garantissent l'exécution de sa créance (*Pr.*, I, 246 et 776; cf. art. 363). L'article 179 C. féd. obl. ne voit, d'ailleurs, dans l'absence de réserve lors de l'acceptation, qu'une simple présomption de renonciation aux garanties de payement, mais qui n'exclut pas la preuve contraire. Cependant, lorsqu'il s'agit d'exécution tardive, il est à peu près certain que le créancier qui reçoit son payement après échéance, et sans réserver son droit à la clause pénale, est censé reconnaître par le fait même l'absence de préjudice. En tout cas, on a considéré qu'on ne pourrait plus lui donner sans autre preuve le droit de poursuivre l'indemnité forfaitaire stipulée par lui; réception du payement devait valoir renonciation au droit à la peine. C'est cette règle que l'article 341 a entendu consacrer, par exception au principe général, que le seul fait de l'acceptation de payement n'impliquait pas renonciation aux garanties de payement. Mais, bien entendu, cette exception ne s'applique qu'à la clause pénale, et non aux droits qui pourraient résulter pour le créancier de l'article 286. Il est vrai que cette disposition de l'article 341 s'appliquera non seulement au cas de retard, là où elle se justifie aisément, mais également dans l'hypothèse où elle aurait été stipulée en vue des vices cachés. Mais on a déjà vu qu'en pareil cas, presque toujours, le droit d'invoquer la clause pénale n'exempterait plus le créancier de faire la preuve du dommage. Or la suppression de ce droit à la peine n'a guère d'autre intérêt pratique que de supprimer ces facilités de preuve; et, dans cette hypothèse, elles le sont déjà par avance, et en tout état de cause. Dès lors, s'il faut prouver le montant du dommage, il n'y a plus grand risque pour le créancier de le réduire à l'indemnité exacte susceptible de correspondre au dommage éprouvé, au lieu de lui donner droit au forfait stipulé par lui. On pouvait craindre que le créancier ne se servît de la clause pénale, en matière de vices cachés, pour imposer éventuellement au débiteur une indemnité excessive. Aussi l'oblige-t-on, pour conserver son droit, à faire ses réserves immédiatement. Pour que ce droit subsiste, là encore il faudrait donc qu'il eût fait ses réserves; ou du moins faudrait-il que lors de la stipulation de la peine ce droit eût été réservé, et qu'on lui eût garanti le taux fixé même pour le cas de vices révélés après acceptation de la chose. L'application de l'article 341 est donc, en ce qui

Lorsqu'il appartient au créancier de faire valoir une prétention à réparation de dommage pour exécution non satisfaisante, les dispositions de l'article 340 al. 2 reçoivent application.

Si le créancier accepte l'exécution, il ne peut plus exiger la peine que si, lors de l'acceptation, il s'est réservé le droit de le faire.

Art. 342. Si l'on a promis comme peine une prestation autre que le payement d'une somme d'argent, les dispositions des articles 339 à 341 reçoivent application; la prétention à réparation de dommage est exclue lorsque le créancier exige la peine.

---

concerne cette disposition finale, absolument générale. On ne réserve même pas l'hypothèse où le créancier, en recevant le payement, aurait ignoré l'existence de la clause pénale, comme cela pourrait arriver s'il s'agissait des héritiers du créancier. On a pensé que toute réserve de ce genre pourrait donner lieu à des difficultés et que ce serait un moyen éventuel pour le créancier de se réserver le droit de tenir le débiteur à sa merci; car cette réserve se serait appliquée surtout au cas de vices cachés qui ne se fussent révélés qu'après l'exécution fournie. Le créancier se fût trouvé dans l'ignorance de son droit à la peine et il eût fait valoir que la présomption de renonciation ne s'appliquait plus. Ce sont ces difficultés et ces procédés de chicane auxquels la loi a voulu couper court. D'ailleurs, cette disposition particulière pourrait être écartée; mais il faudrait pour cela une clause spéciale dans la convention par laquelle la peine a été stipulée (cf. *Pr.*, 777-779).

Art. 342. Cette hypothèse a été prévue pour éviter certaines difficultés d'application résultant de l'article 340 al. 2, en vertu duquel la peine stipulée s'impute sur l'indemnité à recevoir, lorsque le créancier, après avoir réclamé la peine, exige de plus amples dommages-intérêts. Cette imputation, lorsque la peine ne consiste plus en argent, eût donc exigé une estimation en argent, ce qui était bien peu pratique; le mieux était d'exclure, dans cette hypothèse, l'application combinée des deux droits parallèles appartenant au créancier et de l'obliger à choisir : ou l'indemnité en argent, correspondant au dommage intégral, avec preuve du dommage, ou la peine stipulée. Seulement, s'il choisit l'indemnité. et qu'elle ne lui soit pas payée, il pourrait revenir à la peine; c'est l'application à l'option au cas d'indemnité des dispositions de l'article 340 al. 1, en ce qui concerne l'option relative à l'exécution en nature.

Art. 343. Si l'élévation de la peine encourue est hors de toute proportion, elle peut, sur requête du débiteur, être réduite par juge-

---

Art. 343. § I. Cette disposition est l'une des plus remarquables du Code civil allemand, au moins par les tendances nouvelles qu'elle manifeste. Il n'arrive que trop souvent dans la pratique que des clauses pénales excessives sont imposées comme clauses de style, surtout en matière de contrats de travail, sans que les intéressés aient été à même d'en discuter les termes ou de les rejeter. Il n'en résulterait pas que le contrat fût forcément par là-même contraire aux mœurs et nul sur le fondement de l'article 138. Mais il n'y en aurait pas moins, dans le cas où il y a lieu à l'application de la peine, atteinte à la loyauté contractuelle à sanctionner une peine excessive. La justice n'est pas faite pour prêter son concours à des stipulations de ce genre. Si on a recours à elle, il faut que le juge ait le droit de ramener la peine à la mesure exigée par l'équité (cf. Sal., *Obl.*, p. 343, note 4). C'est déjà dans une pensée analogue que, dans l'article 341 (note sur art. 341), on a, dans tous les cas, supprimé le droit à la peine, dès que le créancier n'a pas fait ses réserves lors du payement, même s'il eût ignoré que la peine fût encourue (*Pr.*, 782-786). Sur la question de savoir si l'article 343 a effet rétroactif, voir dans Buns., *loc. cit.*, 76, des décisions contradictoires en jurisprudence.

§ II. Toutefois, le principe admis, il fallait, dans l'application, en écarter l'arbitraire et éviter que le juge se crût en droit de réduire toute clause pénale au montant exact du dommage, conformément aux articles 251 et 252. L'avantage de la clause pénale se trouverait restreint, pour le créancier, aux facilités de preuve, sans qu'elle conservât, même dans la mesure déjà limitée de l'article 340, son caractère d'indemnité forfaitaire. Aussi était-il nécessaire de tracer au juge certains éléments d'appréciation, qui dussent le guider dans la fixation du taux de réduction; d'autant qu'il y avait lieu de tenir compte des deux rôles attribués à la clause pénale, tous deux parfaitement légitimes, et dont l'un vise à réaliser une sorte de contrainte privée à exercer par rapport au débiteur (note sur l'article 339).

§ III. De là les règles suivantes, expressément ou implicitement contenues dans l'article 343. Tout d'abord, quant au moment auquel on doive se placer pour apprécier le défaut de proportionnalité de la peine, il faut remarquer que ce sera forcément celui où elle se trouve encourue, ou plutôt le moment du payement. Ce n'est pas la convention relative à la clause pénale qui choque les convenances et l'équité, c'est le fait d'en exiger l'exécution, par rapport aux circonstances

ment au taux convenable. Pour l'appréciation de ce qui est convenable, on devra prendre en considération tout intérêt légitime du créancier, et non seulement l'intérêt patrimonial. Lorsqu'il y a eu acquittement de la peine, la réduction est exclue.

La même disposition vaut également, en dehors des cas des articles 339, 342, lorsque quelqu'un a promis une peine pour le cas qu'il vînt à accomplir un fait ou à s'en abstenir.

Art. 344. Lorsque la loi déclare inefficace la promesse d'une

---

de l'espèce, telles qu'elles se présentent actuellement. D'autre part, il y aura lieu de prendre en considération même l'intérêt moral du créancier, bien que de droit commun on ne puisse demander indemnité de ce chef (art. 253), parce que la clause pénale a précisément pour but de fournir une estimation à forfait d'un intérêt qui ne puisse s'apprécier en argent, et par suite de constituer une sanction possible, l'article 253 ne s'appliquant plus, au droit, reconnu par l'article 241, de faire d'un simple intérêt d'affection un objet d'obligation. Enfin il y aurait lieu également de tenir compte, dans la mesure admise par l'équité, de ce fait que la clause pénale doit fonctionner, au moins à titre subsidiaire, comme moyen de contrainte légitime (Pl., 123-124).

§ IV. Enfin cette disposition s'appliquera au dernier cas prévu par l'article 339, celui où il ne s'agit plus, à proprement parler, de clause pénale accessoire à une obligation préexistante, mais d'une sorte d'obligation conditionnelle stipulée en prévision d'un fait positif ou négatif qui ne soit pas l'objet de l'obligation. C'est un moyen indirect de sanctionner une prohibition tacite dont on ne fait pas une obligation véritable. Par là s'explique que l'article 339 n'ait plus subordonné l'échéance de la somme stipulée à la demeure ou à toute autre idée de faute; il n'y a ni demeure ni faute, là où rien n'avait été promis; le fait est *in conditione* et non *in obligatione*. Cependant la somme stipulée joue le même rôle qu'une clause pénale. C'est une sorte d'astreinte. Il fallait la soumettre à la possibilité d'une réduction conforme aux idées de l'article 343 (cf. art. 75 al. 2, et art. 348 C. C^es all.). L'article 343 trouvera également son application dans tous les cas de déchéances, pertes ou réductions de salaires, ayant le caractère de peines privées (cf. § 134 *b*, n° 5, *Gewerb. Ordn.*; et Lotmar, *Arbeitsvertrag*, p. 462).

Art. 344. La nullité de la clause pénale, en tant qu'elle dérive de la nullité

prestation, la convention ayant pour objet de stipuler une peine pour le cas d'inexécution de cette même promesse est également inefficace, même lorsque les parties ont connu l'inefficacité de la promesse.

---

de l'obligation à laquelle la clause pénale se trouve rattachée n'est que la conséquence de l'idée que l'accessoire suit le sort du principal; mais la portée de l'article 344 est bien autrement étendue et il a eu soin de viser une promesse accompagnée de clause pénale, sans parler d'obligation principale. On pourrait, en effet, supposer un fait ou une omission sanctionnés par une clause pénale, comme le prévoit l'article 339, sans avoir fait l'objet d'une obligation, de telle sorte que la prétendue clause pénale fût la seule obligation stipulée, mais stipulée sous condition. Il ne fallait pas, si le fait ou l'omission mis *in conditione* eussent été incapables de faire l'objet d'une promesse valable, qu'on pût les valider indirectement par une clause pénale destinée ainsi à faire échec à la loi. D'après les principes généraux, il eût fallu apprécier chaque acte de ce genre d'après son but et ses effets particuliers, en vue de l'application de l'article 134. La rédaction de l'article 344 permet de le considérer comme inefficace sans autre appréciation (exemples d'application au cas des articles 313, 762, 763, etc., et cf. art. 1297 al. 2). Planck fait d'ailleurs remarquer que cette nullité de la clause pénale ne s'appliquerait plus, si cette clause se présentait comme une simple confirmation d'une obligation nulle, mais sous la condition que cette confirmation elle-même ne soit pas soumise aux causes de nullité de l'obligation principale, comme serait une clause pénale conclue à sa majorité par celui qui, étant mineur, eût contracté une promesse nulle (Pl., p. 125). Quant à l'hypothèse où la promesse serait simplement annulable sans être nulle au sens technique du mot, l'article 424 P[1] considérait la clause pénale comme entachée d'un vice analogue, ce que la seconde Commission a considéré comme inutile ou dangereux à formuler. Car, le plus souvent, la clause accessoire participera en effet du même vice initial, le dol par exemple qui aura affecté le contrat dans son entier; il est vrai que ce n'est pas forcé; et, si les parties connaissaient alors le vice de l'obligation principale, la stipulation d'une clause pénale pourra valoir, suivant les cas, comme confirmation; si elles ne le connaissaient pas, mais que l'obligation principale ne fût pas attaquée, il n'y avait pas lieu de permettre d'attaquer la clause pénale (*Pr.*, 787).

Art. 345. Si le débiteur conteste que la peine soit encourue, parce qu'il aurait exécuté son engagement, c'est à lui de prouver l'exécution, à moins que la prestation due ne consiste en une abstention.

TITRE CINQUIÈME.

DE LA RÉSILIATION.

Art. 346. Lorsque, dans un contrat, une des parties s'est réservé le droit de résiliation, les parties sont obligées, si la résiliation a

---

Art. 345. Tout ceci est conforme aux règles générales sur la preuve. Car le créancier n'a à prouver que la demeure du débiteur, ce qui n'implique pas qu'il doive établir l'inexécution, mais uniquement les faits constitutifs de la mise en demeure (art. 284). C'est donc au débiteur, s'il prétend avoir exécuté, à le prouver. Il n'en serait autrement qu'au cas de l'article 339 al. 2, lorsque le fait prévu consistait dans une abstention et que le créancier prétend que le débiteur a exécuté le fait dont il devait s'abstenir (cf. art. 358).

Art. 346. § I. Il s'agit ici de la résiliation conventionnelle, opposée à la résiliation légale de l'article 325. Il faut donc supposer que la faculté de résiliation ait été stipulée dans le contrat, et cela comprend non seulement le cas où elle aurait été stipulée sans autre condition (l'ancien *pactum displicentiæ*), mais ceux aussi où elle dépendrait d'une condition, comme jadis le défaut de payement du prix dans la *lex commissoria* (cf. *M.*, II, p. 280). Mais ce qui fait surtout l'importance de la réglementation admise aux articles 346 et suivants, c'est qu'elle s'applique, soit quant à la façon dont la résiliation s'exerce, soit quant à ses effets, à la résiliation légale de l'article 325 (voir art. 327 et la note). Il y a donc lieu de se demander comment elle opère, et en particulier si c'est à la façon d'une condition résolutoire. Or il y a eu à cet égard certaines confusions d'idées qui sont très transparentes dans les Motifs, comme dans les comptes rendus de la seconde Commission. On a paru croire qu'admettre la résolution, c'était porter atteinte à tous les droits constitués au profit des tiers, et c'est ce qu'on ne voulait à aucun prix. Aussi était-ce pour cela que, dans le premier Projet (art. 427 P[1]), on avait considéré, en dépit de la résiliation exercée, que l'ancien contrat subsistait encore, mais que les parties étaient armées d'exceptions pour en refuser l'exécution ou d'actions en répétition

lieu, de se procurer à nouveau par voie de restitutions réciproques les prestations qu'elles avaient reçues. Si la prestation consistait en

---

pour reprendre ce qu'elles avaient pu fournir. Comme on aurait pu dire en droit romain, la résiliation n'opérait qu'*exceptionis ope*. C'est pourquoi le mot «résolution» paraissait assez mal s'y adapter. Devant la seconde Commission, on a fait remarquer qu'on pouvait très bien admettre une résolution qui ne porterait que sur les rapports obligatoires, sans toucher aux droits réels, mais qui opérerait de plein droit. Il est vrai qu'on ne voyait plus bien l'intérêt pratique de distinguer entre les deux conceptions, si ce n'était de permettre aux parties, dans le système du second Projet, même après la résiliation déclarée, de revenir sur cette décision et de faire revivre l'ancien contrat uniquement en renonçant à leur exception, sans autre formalité. Si le contrat eût été résolu de plein droit et considéré comme inexistant, il eût fallu en refaire un autre, et cela pourrait être important s'il eût été soumis à certaines formalités. Aussi n'avait-on pas cru devoir revenir sur la construction juridique du premier Projet (*Pr.*, p. 788, 789); et l'article 298 P², comme l'article 427 P¹, déclarait les parties obligées l'une à l'égard de l'autre, comme si le contrat n'eût pas été conclu, et il en tirait cette conséquence que chacune pouvait refuser la prestation due, ce qui faisait allusion à un jeu combiné d'actions et d'exceptions réciproques. Mais, dans le Projet soumis au Reichstag (art. 340 P⁴), toute allusion de ce genre avait disparu; il n'est plus question que de l'obligation de restituer la prestation reçue, ce qui se concilie tout aussi bien avec une résolution de plein droit qu'avec une résiliation opérant par voie d'exception; aussi certains auteurs, Planck, par exemple, ont-ils cru, la controverse étant libre, pouvoir adopter l'idée de résolution; ce qui d'ailleurs n'a jamais qu'un intérêt assez restreint, puisqu'il est désormais absolument entendu de part et d'autre que, quelle que soit la construction adoptée, la résiliation ne porte que sur les rapports obligatoires entre les parties, sans toucher aux droits réels (Pl., p. 127).

§ II. Enfin la seconde Commission a voulu viser l'hypothèse où la prestation à restituer eût été telle, qu'il fût impossible de la restituer en nature : il faudra donc en rembourser la valeur; et, si elle comportait une contre-prestation fixée en argent, on pourrait considérer la somme ainsi fixée comme représentant la valeur de la prestation fournie et se contenter ainsi de l'exécution initiale du contrat comme étant le seul moyen de remettre les choses en l'état, au moins à un point de vue purement économique. Mais il semble bien que

services qui aient été fournis ou dans l'abandon de la jouissance d'une chose, on doit procéder par voie d'équivalent, en en remboursant la valeur ou, dans le cas qu'une contre-prestation en argent ait été fixée dans le contrat, en s'acquittant de cette contre-prestation elle-même.

Art. 347. La prétention à réparation de dommage pour dété-

---

ce ne soit pas là un procédé qui s'impose au juge, et que la rédaction du texte lui offre un choix et une facilité de plus, plutôt qu'elle ne lui impose une solution.

Art. 347. § I. La disposition de l'article 347 est la conséquence de l'idée que la résiliation n'opère pas seulement pour l'avenir, mais dans le passé, et qu'elle a pour but de remettre les choses exactement dans le même état que si le contrat n'avait pas eu lieu; seulement elle n'atteint ce résultat que par voie d'actions personnelles en restitution sans toucher aux droits réels. La résiliation se rapproche par là de la restitution due au cas d'enrichissement sans cause, mais il y a cette différence que, la résiliation étant prévue, la partie qui reçoit exécution de ce qui lui est dû doit s'attendre à opérer la restitution de la chose, ce qui l'oblige à en garder les fruits, produits et revenus et à veiller à partir de la réception elle-même à la conservation de la chose fournie. C'est ce qui donne un intérêt si considérable à la question de savoir si la restitution s'opère du chef de l'article 347 ou de celui de l'article 818 (cf. art. 325 et la note). Et par tous ces points se distingue la résiliation proprement dite, soit du congé dont il est question aux articles 557, 564, 723 et autres, lequel n'opère, en principe, que pour l'avenir (cf. Eck, p. 338, notes 1 et 2), soit de la révocation et du désistement qui, en fait également, n'opèrent guère que pour l'avenir (cf. art. 81, 109). Tout au moins, lorsque la révocation opère dans le passé, comme en certains cas relatifs aux donations (art. 530-531), elle se règle d'après les dispositions relatives à l'enrichissement sans cause. Il en résultait donc, pour revenir à la résiliation, que, pour fixer l'étendue des restitutions à opérer, il y avait lieu d'appliquer ici l'article 292, lequel ne fait que renvoyer lui-même aux articles 987 à 990 en matière de revendication (cf. également art. 994-1000). Seulement c'était, au cas de résiliation, à partir du jour même où la prestation avait été touchée que ces règles devaient s'appliquer, et non plus à partir de la déduction en justice, puisque du jour

rioration, perte ou impossibilité de restitution provenant de toute autre cause, doit, au cas de résiliation, se régler, à partir de la réception de la prestation, conformément aux dispositions applicables dans les rapports entre propriétaire et possesseur à partir du moment où il y a litispendance en matière de revendication. Il en est de même de la prétention à restitution ou à rémunération de profits et de celle ayant pour objet le remboursement d'impenses. S'il s'agit d'une somme d'argent, elle doit produire intérêts à partir de la réception.

Art. 348. Les obligations des parties telles qu'elles résultent de la résiliation doivent s'exécuter trait pour trait. Les dispositions des articles 320, 322 reçoivent application correspondante.

Art. 349. La résiliation a lieu par déclaration envers l'autre partie.

---

de la réception la partie qui a reçu la chose doit s'attendre à avoir éventuellement à la restituer.

§ II. Il aurait pu paraître intéressant et plus exact, afin de donner, ici comme ailleurs, une idée approximative de la terminologie juridique créée à l'usage du nouveau Code civil allemand d'employer, au lieu du mot «Revendication» usité en droit français, l'expression nouvelle de «Prétention de propriété» (*Eingentums Anspruch*) admise en Allemagne dans la langue juridique. Mais cet excès de technologie, pour une expression aussi usuelle, eût risqué d'être quelque peu prétentieux, là surtout où l'expression nouvelle n'introduit aucune idée nouvelle. Aussi, a-t-on conservé le terme traditionnel de revendication (cf. art. 297).

Art. 348. On traite les obligations naissant de la résiliation comme si elles résultaient d'un contrat synallagmatique (cf. cependant art. 350).

Art. 349. La résiliation conventionnelle, pas plus que la résiliation légale, ne s'opère par voie d'intervention judiciaire. On aurait pu comprendre cependant qu'elle eût lieu de plein droit à la façon d'une condition résolutoire. Le Code civil n'a voulu ni de l'un ni de l'autre système. Même après que l'événement auquel la résiliation est subordonnée se trouve réalisé, il faut encore une

Art. 350. La résiliation n'est pas exclue par le fait que l'objet qu'avait reçu l'ayant droit a péri par cas fortuit.

---

décision et une initiative de la part de celui à qui la résiliation appartient (cf. Crome, II, § 174, p. 198-199). Cette initiative se manifestera par simple déclaration privée adressée à l'autre partie, comme au cas d'annulation ou de compensation. A quoi bon, en effet, exiger que l'on s'adresse à la justice? Il est vrai que l'ayant droit pourra adresser sa déclaration sans aucun délai qui lui soit imposé. Mais, lorsqu'il s'agit de résiliation conventionnelle, l'exigence d'un délai ne s'imposait plus.

Art. 350. La solution donnée par l'article 350, pour le cas où celui qui a droit à la résiliation ne peut plus restituer ce qu'il a reçu par suite d'une impossibilité due au cas fortuit, est la preuve que l'on ne traite pas de tous points les obligations réciproques nées de la résiliation comme celles résultant d'un contrat synallagmatique. Car, dans cette dernière hypothèse, les risques sont pour le débiteur (art. 323). S'il en était encore de même au cas de résiliation, il faudrait dire que celui à qui appartient le droit de résiliation ne pouvant plus restituer ce qu'il doit n'a plus droit à ce qui lui est dû, donc qu'il ne doit pas pouvoir exercer le droit de résoudre le contrat. L'article 350 n'admet pas cette solution. C'est qu'en matière de résiliation, celui à qui ce droit appartient peut exiger qu'il soit replacé dans le même état, sauf le cas de faute de sa part, que si le contrat n'avait pas eu lieu. Cela revient à dire que, dans un contrat synallagmatique soumis à une clause de résiliation, celui contre qui la résiliation doit produire ses effets supporte les risques, en ce qui concerne la perte fortuite de l'objet de la dette, non seulement tant qu'il n'a pas encore exécuté (art. 323), mais même encore après avoir payé ce qu'il devait, et tant que la résiliation reste possible. Mais il n'en serait plus de même si l'impossibilité de restituer s'était produite chez l'autre partie. Car, d'une part, si les choses doivent être remises dans l'état où elles l'eussent été si le contrat n'avait pas eu lieu, rien ne prouve que celui qui a droit à restitution, s'il ne s'était pas dessaisi de la chose actuellement détruite, n'eût pas eu à subir un cas fortuit analogue; et, d'autre part, comme il était libre de ne pas résilier, s'il déclare la résiliation, il en accepte les risques. Il n'y a donc plus de raison, lorsque la perte fortuite s'est produite chez son adversaire, pour qu'il soit libéré lui-même de l'obligation de restituer ce qu'il a reçu ou qu'il soit autorisé à demander indemnité pour la restitution à laquelle il aurait eu droit et qui est devenue impossible (Sal., *Obl.*, n° 300).

Art. 351. La résiliation est exclue lorsque l'ayant droit, par sa faute, a causé une détérioration essentielle, la perte ou toute autre impossibilité de restitution, de l'objet reçu. La perte d'une partie importante de l'objet est assimilée à une détérioration essentielle; la faute d'autrui dont l'ayant droit aurait à répondre d'après l'article 278 est assimilée à une faute personnelle de l'ayant droit.

Art. 352. La résiliation est exclue lorsque l'ayant droit, par voie d'utilisation industrielle ou de transformation, a changé la chose reçue en une chose d'une autre espèce.

Art. 353. Si l'ayant droit a aliéné l'objet reçu ou une partie

---

Art. 351. Au cas d'impossibilité de restitution provenant de la faute de celui qui doit subir la résiliation, on ne saurait priver l'ayant droit, s'il y trouve son avantage, du droit à la résiliation; et alors son action en restitution se traduit par une action en indemnité calculée conformément à la disposition de l'article 347. A la rigueur, il aurait pu encore en être de même lorsque cette impossibilité serait imputable à l'ayant droit. Mais il a paru plus simple et plus équitable d'identifier la réparation à laquelle il serait tenu avec l'exclusion du droit qui lui appartenait de demander la résiliation. Cette formule et, par suite, ce fondement donné en pareil cas à l'exclusion de la résiliation sont évidemment plus exacts que l'idée d'en chercher la justification dans une présomption de renonciation tacite. On en verra la preuve, et en même temps l'intérêt pratique, en note sur l'article 353 (cf. note sur art. 355). Aussi était-il absolument rationnel d'assimiler, comme l'a fait le second Projet, à la perte totale soit une détérioration essentielle de l'objet, soit la perte d'une partie importante de la chose (cf. 302 P²), sauf à la jurisprudence à apprécier dans quel cas il y aura détérioration ou perte suffisante, et par suite à revenir à l'application de l'article 347 toutes les fois qu'il n'en serait pas ainsi (Pl., sur § 351, p. 130).

Art. 352. Cf. art. 950. C'est le cas de ce que les Romains appelaient la «spécification»; et le motif de l'exclusion est exactement le même que pour l'hypothèse de l'article 351.

Art. 353. Le premier Projet et même encore le second faisaient de l'alié-

importante de l'objet, ou s'il l'a grevé d'un droit au profit d'un tiers, la résiliation est exclue si les conditions préalables de l'article 351 ou de l'article 352 se trouvent réalisées chez celui qui a acquis l'objet en vertu de l'acte de disposition qui en a été fait.

A un acte de disposition émanant de l'ayant droit, il faut assimiler celui qui se réalise par voie d'exécution forcée ou de procédure de saisie ou par l'intermédiaire du syndic de faillite.

---

nation à elle-seule et par le fait même une cause d'exclusion; ce qui pouvait laisser croire qu'il y avait là, de la part de l'ayant droit, une sorte de renonciation tacite Mais, lors de la rédaction du Projet définitif, on se plaça à un autre point de vue; car de ce que l'objet se trouve avoir été aliéné au moment où l'ayant droit use de son droit, rien ne prouve qu'il ne puisse rentrer lui-même en possession de la chose de manière à la restituer à temps, de sorte que la présomption de renonciation qu'on lui imputerait pourrait se trouver tout à fait injustifiée. Donc il ne peut y avoir exclusion de la résiliation que si, au moment où elle devrait avoir lieu, la restitution dans les conditions initiales se trouve d'ores et déjà rendue impossible par la perte de la chose aux mains du tiers qui l'a reçue, ou par l'une des autres éventualités prévues aux articles 351 et 352. Seulement il suffira, bien entendu, que ce soient les conditions matérielles et purement objectives des articles 351 et 352 qui se trouvent réalisées, sans exiger la faute personnelle du tiers qui est en possession de la chose, ce que le texte, dans sa précision, laisse parfaitement entendre; pas plus qu'il n'y a à exiger de faute personnelle chez l'ayant droit, le seul fait de l'aliénation étant considéré comme une faute par le fait même, et sans que l'on doive, bien entendu, ranger l'acquéreur chez qui la perte s'est réalisée comme étant au nombre des personnes dont l'ayant droit aurait à répondre au sens de l'article 278. Ce qui ne veut pas dire que l'aliénation, si elle ne suffit pas par elle-même à exclure la résiliation *ipso facto*, ne puisse conduire à cette exclusion, puisque la résiliation n'est pas opposable aux tiers. Seulement ce sera par le fait de la demeure de l'ayant droit tenu à restitution et pa application de l'article 354. Toutes ces modifications se trouvent dans le texte définitif soumis au Bundesrath (art. 348) et ont été maintenues dans les textes qui ont suivi (cf. Pl., *loc. cit.*, sur § 353).

Art. 354. Lorsque l'ayant droit est en demeure relativement à la restitution de l'objet reçu ou d'une partie importante de l'objet,

---

Art. 354. § I. Cette assimilation, en ce qui touche l'application de la théorie de la demeure (art. 326), des obligations réciproques résultant de la résiliation à celles qui naissent d'un contrat synallagmatique, assimilation qui aurait pu, semble-t-il, être admise par voie d'interprétation et par suite être généralisée et étendue à tous les cas rentrant par voie d'analogie dans ceux existant de droit commun, a été introduite par voie législative en vue seulement d'hypothèses qui semblent avoir été limitativement déterminées, et comme conséquence des modifications apportées à la troisième rédaction, telles qu'elles ont été indiquées en note sous l'article 353 (cf. P³ art. 349). On vise donc le cas où c'est l'ayant droit qui est en demeure par rapport à la restitution, et on laisse de côté le retard qui lui serait imputable par rapport aux autres obligations dont il pourrait être tenu en vertu des articles 346 et 347, et pour lequel il faudrait se contenter alors des dommages-intérêts prévus et réglés par l'article 347. Cette disposition ne peut guère viser le cas de perte de la chose aux mains de l'ayant droit ou d'un tiers, puisque en pareil cas, en général, il y a exclusion de la résiliation; de sorte que l'hypothèse la plus ordinaire, celle tout au moins qu'on en a eue en vue, sera celle d'une aliénation antérieure faisant obstacle à la restitution. Voilà pourquoi, puisque le nouvel article 354 a pour but d'aboutir en somme, avec quelques ménagements de plus, au résultat visé par l'article 430 du premier Projet qui excluait la résiliation par le fait seul de l'aliénation, on a assimilé au défaut de restitution de l'objet dans sa totalité le fait de ne pouvoir en restituer qu'une partie insuffisante. Et Planck a raison de s'étonner que, poursuivant l'assimilation, on n'ait pas prévu le cas de constitution de charge ou de droit réel au profit d'un tiers, à supposer que l'ayant droit fût en demeure par rapport au dégrèvement qui lui incombe; de telle sorte que la jurisprudence, dit-il, sera obligée d'assimiler le défaut de dégrèvement au défaut de restitution d'une part importante de l'objet, afin de pouvoir appliquer à cette hypothèse la théorie de la demeure avec droit pour l'autre partie de signifier un délai d'exécution. Seulement on ne pourra l'admettre que si la charge est suffisamment onéreuse pour que l'on puisse y voir une perte partielle importante, et ce ne sera plus toute constitution quelconque de droit réel au profit d'un tiers qui pourrait donner lieu à l'application de l'article 354 (Pl., sur § 354; cf. P¹ art. 430 al. 2).

§ II. Il faut remarquer, pour ce qui est de ce délai comminatoire, que

l'autre partie peut lui fixer un délai convenable avec déclaration qu'elle rejette toute acceptation après expiration du délai. La résiliation devient inefficace si la restitution n'a pas lieu avant l'expiration du délai.

Art. 355. Si aucun délai n'a été convenu pour l'exercice du droit

---

l'on emploie la même formule que dans les articles 283 et 326. L'ayant droit déclare qu'«il refuse d'accepter après expiration du délai». C'est ainsi, en effet, qu'on pourrait être tenté de traduire le texte. Il a paru plus exact d'employer une traduction littérale, marquant bien que dès maintenant il rejette, ou dénie, toute acceptation tardive, ce qui veut dire qu'il refuse par avance de donner son acceptation pour le cas où elle aurait à intervenir après expiration du délai. Le mot *rejeter* implique que ce n'est pas encore un refus assimilable à ce que serait celui d'une offre déjà faite, et que par suite, si l'offre de restitution avait lieu ultérieurement et qu'il l'acceptât, il pourrait encore le faire, mais qu'il s'octroie le droit de maintenir valablement son défaut d'acceptation.

Art. 355. § I. Il est certain, bien qu'il ne puisse être question ici de prescription, que le droit d'invoquer la résiliation ne pouvait subsister à perpétuité. L'ayant droit, tout au moins après l'ouverture de son droit, peut y renoncer, c'est incontestable; et en tout cas s'il tarde à l'exercer, on doit pouvoir le mettre en demeure de choisir. Quant à la question de renonciation, le premier Projet (art. 431) avait prévu certains cas de renonciation tacite, ou, tout au moins, dans lesquels il voyait une présomption de renonciation tacite, par exemple au cas où l'ayant droit exécute le contrat et par conséquent remplit, pour ce qui est de lui, les obligations qui lui incombent; et on n'exigeait même pas ou on ne paraissait pas exiger, bien que le contraire eût pu s'induire du second alinéa de l'article 431, pour que la présomption existât, que cette exécution n'intervînt qu'après ouverture du droit à la résiliation. Cette équivoque eût été inacceptable, par exemple pour le cas le plus pratique de résiliation conventionnelle, le cas de résiliation stipulée pour inexécution, ce qui la plupart du temps implique que l'une des parties a déjà exécuté sans que l'autre en fît autant; et dans ce cas on ne pourrait certes pas dire que cette exécution par le futur ayant droit dût impliquer renonciation éventuelle à la résiliation. Aussi, devant la seconde Commission, avait-on

de résiliation, un délai convenable peut être fixé par l'autre partie à l'ayant droit pour l'exercice de son droit. Le droit de résiliation est éteint, si la résiliation n'est pas déclarée avant l'expiration du délai.

Art. 356. Lorsque dans un contrat il y a, soit d'un côté, soit de l'autre, pluralité d'intéressés, le droit de résiliation ne peut être exercé que par tous ou contre tous. Si le droit de résiliation vient à s'éteindre pour l'un des ayants droit, il s'éteint aussi pour les autres.

---

proposé d'indiquer clairement dans le texte qu'il fallait, pour l'admission de la présomption, que l'exécution ait lieu une fois le droit à la résiliation déjà ouvert et l'ayant droit en ayant connaissance (*Pr.*, p. 796). Mais, somme toute, on trouva plus simple de supprimer toutes présomptions de ce genre, lesquelles pourraient très souvent encore se trouver injustifiées et contraires à la réalité, puisque tout dépendait des circonstances et que ce devait être une question d'interprétation de volonté laissée à l'appréciation du juge, d'autant, ajoute Planck sur le § 355, n° 2 (p. 134), que, tout au moins dans le cas d'exécution par l'ayant droit, la renonciation résulterait de sa seule volonté, donc d'une volonté unilatérale et qu'en principe toute renonciation à un droit doit être conventionnelle. Mais cette raison, à ne parler que de l'application qui en serait faite à notre hypothèse, peut paraître quelque peu douteuse, quoiqu'il semble bien qu'on puisse en trouver trace au Protocole de la seconde Commission (p. 796); en tout cas, ce qui ressort avec certitude du Protocole, c'est qu'on a rejeté l'ancien article 431 pour des raisons analogues à celles qui avaient fait effacer une disposition correspondante de l'ancien article 208 P[1] (cf. art. 263, note *in fine*).

§ II. Pour ce qui est du droit pour la partie soumise à la résiliation de fixer un délai à l'ayant droit, la seconde Commission a substitué, au délai de quatre semaines du premier Projet (art. 432 P[1]), un délai convenable au gré de la partie qui le fixe. Ce délai sera surtout utile pour le cas de résiliation légale, puisque, le plus souvent, s'il s'agit de résiliation conventionnelle, les parties auront prévu le cas et convenu d'un délai fixé et accepté par elles.

Art. 356. Ce principe d'indivisibilité avait déjà été formulé par le premier Projet (art. 433 P[1]).

Art. 357. Lorsque l'une des parties s'est réservé la résiliation pour le cas que l'autre partie n'exécutât pas son engagement, la résiliation est inefficace si l'autre partie pouvait, par voie de compensation, se libérer de son engagement et qu'elle déclare la compensation sans retard (1) après la résiliation (2).

Art. 358. Lorsque l'une des parties s'est réservé la résiliation

---

Art. 357. (1) Cf. art. 121.

(2) En principe, la résiliation doit faire considérer le contrat comme non avenu et les obligations qui en dérivent comme n'ayant jamais existé, de sorte qu'après la résiliation toute compensation relative à l'une des obligations nées du contrat serait désormais impossible. Si cependant la résiliation était stipulée pour le cas d'inexécution et que la partie contre qui elle était stipulée n'eût pas exécuté en nature parce qu'elle aurait eu le droit d'exécuter par voie de compensation, il ne fallait pas qu'elle pût souffrir de n'avoir pas invoqué la compensation à temps, de sorte qu'on lui permet encore de le faire immédiatement après déclaration de résiliation par l'ayant droit. On évite par là l'une des conséquences excessives que l'on aurait pu tirer de ce que la compensation n'opère pas *ipso jure*.

Art. 358. § I. L'article 358 formule une nouvelle application du principe déjà posé dans l'article 345. Mais le premier Projet (art. 434) avait tranché une difficulté de preuve bien autrement grave, celle concernant, non plus la question de savoir si le droit à résiliation est ouvert, mais l'existence même d'un droit de ce genre. Il s'agissait de savoir si cette clause avait été réservée et stipulée au profit de la partie qui l'invoquait; et l'on décidait que c'était en effet à l'ayant droit à prouver que cette clause existait. On verra que c'était à tort que l'on avait cru mettre cette décision, au moins dans sa généralité, en harmonie avec le principe de l'article 196 P[1]. Celui-ci fut d'ailleurs supprimé pour s'en tenir au principe de l'article 289 du Code de procédure, qui laisse au juge le soin de décider si l'aveu relatif à l'existence d'un contrat ou, d'une façon générale, d'un acte juridique doit être accepté ou non avec les réserves qui l'accompagnent, et par suite, si, la preuve supposée faite par rapport à l'existence d'un acte juridique, lorsqu'on prétend qu'il est soumis à la réalisation de certaines conditions qui puissent le rendre inefficace, ce doit être à l'une ou à l'autre des deux parties de prouver ces conditions elles-mêmes.

pour le cas que l'autre partie n'exécutât pas son engagement, et que cette dernière conteste l'admissibilité de la résiliation qui lui

---

On voulut en conclure qu'il fallait également laisser au juge, sans autre réglementation législative, le soin de trancher la question dans son application à la résiliation conventionnelle.

§ II. Peut-être pourrait-on voir à cela un intérêt pratique se référant à la question de savoir si la résiliation doit être considérée comme une clause accessoire ne faisant pas corps avec le contrat lui-même, mais ayant pour but de s'opposer à son exécution, ou s'il faut y voir une véritable condition résolutoire, insérée au contrat et faisant corps avec lui, non seulement, bien entendu, dans le cas où la résolution devrait avoir lieu *ipso facto* par le seul fait de l'inexécution, ce qui impliquerait une convention expresse à ce sujet (*infra*, note sur art. 360), mais même dans le cas, qui est celui du droit commun de l'article 349, où elle exige une déclaration de l'ayant droit (voir note sur art. 346). S'il s'agissait d'une sorte de pacte accessoire, ce serait dans tous les cas à celui qui l'invoque à en prouver l'existence. En tant que condition résolutoire, on revient au principe de libre appréciation suivant les espèces de l'article 289 C. Pr. Et beaucoup d'auteurs, Planck entre autres, proposent de distinguer suivant que l'ayant droit invoque la résiliation pour poursuivre restitution de ce qu'il avait fourni ou pour refuser ce qu'il aurait dû prester : dans le premier cas, il doit prouver son droit à restitution; dans le second, on invoque contre lui l'existence d'une obligation, donc on lui oppose le contrat. On peut dès lors très bien soutenir, s'il refuse de payer sous prétexte que le contrat était sujet à résolution, qu'il nie par là même l'existence de l'obligation et que c'est à celui qui l'invoque contre lui à en établir la preuve, donc à prouver que le contrat n'était pas sujet à résolution : c'est la théorie, qui avait été admise par l'article 196 P[1], de l'assimilation, en ce qui touche cette question de preuve, entre la condition suspensive et la condition résolutoire; et voilà pourquoi l'article 434 P[1], qui mettait dans tous les cas cette preuve à la charge de celui qui invoque la résiliation, pouvait paraître en contradiction avec l'article 196 P[1]. Il est vrai que le système d'assimilation, tel qu'il avait été admis par l'article 196 P[1] entre les deux conditions, est très contesté et très contestable (voir Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, § 48, note 16). Quoi qu'il en soit, le Code civil ne tranche plus la question, elle est du domaine de la jurisprudence (Pl., sur § 358, p. 135 ; cf. Scholl. sur § 358).

est déclarée en prétendant qu'elle ait exécuté, c'est à elle de prouver l'exécution, en tant, du moins, que la prestation ne consiste pas dans une abstention.

Art. 359. Si la résiliation a été réservée comme devant avoir lieu sous payement d'un dédit, la résiliation est inefficace si le dédit n'est pas acquitté avant la déclaration ou au moment où elle est faite, et que l'autre partie, sur ce motif, repousse la déclaration

---

§ III. On voit donc que la suppression de l'article 434 P[1] est bien loin de signifier, comme peut-être on aurait pu le croire, que le Code civil a entendu faciliter la présomption de stipulation tacite, dans les contrats qui sembleraient devoir l'admettre comme clause d'usage, de la résiliation pour inexécution, car cette dernière question touche aux moyens de preuve et non à la charge de la preuve; et même eût-on laissé dans tous les cas la charge de celle-ci à l'ayant droit que rien ne se fût opposé, suivant les circonstances et les contrats, à ce qu'il fît sa preuve par voie de présomption, en s'appuyant, par exemple, sur l'usage commercial ou tout autre mode d'interprétation de volonté. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la suppression de l'ancien article 434 pourra peut-être, en fait, rendre l'admission de ce moyen de preuve plus facile en écartant les objections qu'on eût été tenté de tirer, à tort il est vrai et par une confusion évidente entre la question relative à la charge de la preuve et celle des modes de preuves, du texte du premier Projet; et ceci encore complète ce qui a été dit sous les articles 325 et 326 de la tendance de plus en plus grande en Allemagne à se rapprocher du système de condition résolutoire tacite de l'article 1184 C. civ. fr.

Art. 359. § I. L'article 359 règle une question d'ordre très pratique, surtout en matière de résiliation conventionnelle; rien de plus fréquent lorsqu'on se réserve le droit de résilier que ce soit sous la condition de payer un dédit. Mais serait-ce une condition suspensive mise à l'efficacité de la résiliation ou une condition résolutoire tirée du non-payement? Le premier Projet (art. 435) en faisait une condition suspensive. La Commission de revision en a fait une sorte de condition résolutoire; ou plutôt, comme dit Planck il y aurait là un cas d'application de ce qu'il appelle l'«inefficacité conditionnelle» (I, p. 146), quelque chose d'analogue au système admis aux articles 111 et 174 (*Pr.*, I,

sans retard. Toutefois la déclaration reste efficace si, après qu'elle a été repoussée, le dédit est acquitté sans retard.

---

p. 798). Seulement le Code exige, pour que cette résolution de la déclaration soit acquise, que l'autre partie la rejette sans retard (sur cette expression, voir article 121), en se fondant sur le non-payement du dédit, et encore cela suppose-t-il que ce dernier n'est pas payé immédiatement après cette protestation. Tout cela en effet répond aux usages courants et aux besoins de la pratique; et le système du Projet de faire considérer la résiliation comme inefficace par le fait seul qu'elle n'aurait pas été précédée ou accompagnée du dédit, alors même qu'il n'y aurait eu aucune protestation de la part de l'intéressé, eût été en contradiction avec les usages et l'intention même des parties, tout en risquant de fournir une arme à la mauvaise foi, puisque l'ayant droit qui aurait cru pouvoir bénéficier du crédit qui lui eût été tacitement accordé aurait pu se voir opposer, même s'il eût offert le dédit, le retard du payement afin de rendre non avenu l'exercice du droit de résolution.

§ II. Quant à la question de preuve, qui, d'après la conception de l'ancien article 435, le dédit étant une condition préalable de l'efficacité de la déclaration, était forcément tranchée en ce sens que la charge en incombait à celui qui exerçait la résiliation, Planck (II, p. 136) croit encore, malgré la conception inverse du nouvel article 359, qu'elle comporte la même solution. Si, au moment où est faite la déclaration, l'autre partie objecte que le dédit n'a pas été payé, c'est au déclarant à prouver qu'il a versé le dédit; et, comme en pratique c'est après la déclaration faite que la contestation viendra devant les tribunaux, il semble bien que ce soit à celui qui en conteste la validité à prouver qu'il a fait au moment de la déclaration la protestation exigée par l'article 359 et que ce soit à l'autre, cette première preuve acquise, à établir qu'il avait payé régulièrement le dédit : il s'agit, en effet, non pas sans doute comme au cas de l'article 358, de l'accomplissement de l'une des conditions préalables qui donnent ouverture au droit de celui qui invoque la résiliation, mais cependant encore d'une condition à laquelle est subordonné le maintien de l'efficacité même de cette déclaration, de sorte que celui qui l'invoque doive en établir la réalisation. Mais on peut répondre aussi que, la déclaration étant désormais valable par elle-même, c'est à celui qui en conteste la validité à faire sa preuve. Quoi qu'il en soit, n'ayant pas à discuter ici un point laissé au domaine de la controverse, il suffisait d'indiquer

Art. 360. Lorsqu'un contrat a été conclu avec cette réserve que le débiteur, s'il n'exécute pas son engagement, devra être déchu des droits qu'il tient du contrat, le créancier, dès que cette éventualité se réalise, est autorisé à opérer la résiliation du contrat.

Art. 361. Lorsque, dans un contrat synallagmatique, il a été

---

que la question n'est plus expressément tranchée par le Code (cf. Scholl., p. 372).

Art. 360. Il s'agit ici d'interpréter une clause analogue à celle de l'ancienne *lex commissoria;* et l'interprétation qu'en donne l'article 360, conforme d'ailleurs aux usages traditionnels, aux besoins de la pratique et à la disposition de l'article 1184 C. civ. fr., en même temps qu'elle détermine les droits du créancier, en indique aussi la limite, insistant surtout sur ce fait que, l'éventualité prévue étant réalisée, c'est-à-dire l'inexécution acquise, il n'y a pas résolution de plein droit, mais uniquement faculté pour le créancier de déclarer la résiliation, avec toutes les garanties qui l'entourent pour celui à qui on l'oppose (art. 346 à 358), et entre autres celle qui résulte du droit de l'article 355 à la fixation d'un délai d'option. Quant à la question de savoir quand il y aura inexécution de nature à donner ouverture à la résiliation, c'est, comme dit Planck (p. 136), une pure question d'interprétation de volonté à élucider pour chaque espèce en particulier, suivant que les parties auront entendu qu'il dût suffire du fait objectif de l'inexécution, sans aucune faute imputable au débiteur, ou au contraire faire dépendre le droit à la résiliation de la demeure proprement dite, ou de toute autre condition de ce genre; et le Code civil n'a pas cru, pour le cas de doute, devoir fixer aucune présomption légale dans un sens ou dans l'autre.

Art. 361. § I. Ce texte vise le cas où la considération de la date a été admise comme une condition essentielle de l'exécution, de telle sorte qu'une fois la date passée l'exécution tardive équivaudrait à une impossibilité absolue d'exécution, laquelle donnerait ouverture, suivant les cas ou suivant que l'on eût fait ou non la preuve de l'imputabilité, aux dispositions des articles 323, 324 ou 325 (cf. Sal., n° 193, et Pl., 58, p. 105, sur art. 326), de telle sorte que, conformément à ce dernier (art. 325), le droit de résiliation n'aurait été possible qu'à la condition de prouver la faute du débiteur, autrement dit de prouver la demeure, puisqu'ici la seule échéance du terme suffit à con-

convenu que la prestation de l'une des parties devrait être effectuée exactement à date rigoureusement fixée ou dans les limites d'un

---

stituer l'élément matériel de la demeure (art. 284) et qu'il ne reste plus qu'à en établir l'élément subjectif (art. 285). On a pensé avec raison, par voie d'interprétation de volonté tout au moins et en tant que simple présomption, qu'en pareille hypothèse la stipulation de la date ou du délai d'exécution équivaudrait à une clause de résiliation conventionnelle n'exigeant d'autre condition, pour son exercice, que l'inexécution au jour dit, sans qu'il y eût à prouver la demeure du débiteur : c'est ce que l'on appelle les affaires à jour fixe. En pareil cas le créancier garde donc le choix entre la résiliation ou l'exécution, sous réserve, au cas de demeure proprement dite, du droit aux dommages-intérêts pour inexécution. Bien entendu il ne pouvait être question de laisser un droit d'option indéfini au créancier, de telle sorte qu'il pût, sans aucun risque pour lui, spéculer, comme on l'a dit dans la seconde Commission, sur les risques du débiteur et se décider pour le moment et dans le sens qui lui seraient le plus favorables à lui et le plus défavorables au débiteur (*Pr.*, p. 641). Et cependant le premier Projet semblait bien avoir exclu l'application de l'article 432 P[1], relatif au délai d'exercice de la résiliation (cf. 361, al. 2 P[1]). Or, devant la seconde Commission, si tout le monde fut d'accord sur le principe, de vives discussions s'élevèrent sur le mode de fixation de ce délai. Les uns voulaient reproduire le système de l'ancien article 357 Code C^ce^, qui exigeait, si le créancier préfère l'exécution, qu'il le déclarât immédiatement à l'échéance; les autres préféraient s'en tenir au système admis pour la résiliation conventionnelle d'un délai à fixer par le débiteur après ouverture du droit à résiliation. On fit valoir que le système du Code de commerce visait surtout les affaires de spéculation qui se traduisent ordinairement par des payements de différences, sans qu'il soit d'usage d'exiger l'exécution en nature, alors qu'il en est tout différemment en matière civile. Aussi a-t-on pensé qu'il n'y avait pas lieu d'exposer le créancier à perdre si facilement son droit à l'exécution. De là, par conséquent, la réglementation des articles 278 et 279 P[2], reproduits par les articles 321 et 322 P[3], lesquels cependant furent supprimés au Bundesrath, et remplacés dans P[4] par l'article 351, correspondant à l'article 361 définitif, cette réglementation ayant paru, sans doute, superflue par suite de l'assimilation de la fixation d'une date préfixe à une clause de résiliation conventionnelle, à laquelle dût s'appliquer de plein droit la réglementation de l'article 355 quant à la fixation d'un délai d'option. Il en est

délai rigoureusement fixé, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que, si la prestation ne s'effectue pas à la date fixée ou dans le délai fixé, l'autre partie doit être autorisée à opérer la résiliation.

---

résulté que le nouveau Code de commerce (art. 376) a dû maintenir une disposition analogue à l'article 357 de l'ancien Code. Toutefois le Code civil réalisait un progrès sur l'article 357 A. C. C^ce^, en ce que ce dernier, même pour les affaires à jour fixe, subordonnait encore le droit à résiliation à la demeure du débiteur, donc à un élément subjectif, ce que rejette l'article 361 C. civ.; aussi l'article 376 du nouveau Code de commerce, tout en reproduisant le système de l'ancien article quant à la déchéance du droit à exécution, se rallie au principe de l'article 361 C. civ., en ce qui touche le rejet des conditions sujectives de la demeure (*Entw. eines H. G. B.*, p. 222).

§ II. La condition préalable de cette présomption et par suite de toute cette réglementation est la fixation d'une époque rigoureusement délimitée à laquelle la prestation doive être forcément fournie, ce qui implique l'indication d'un jour fixe, ou toute autre expression analogue; la simple indication d'une date d'exécution ne serait pas suffisante (Endem., § 148, note 5, p. 657).

SECTION TROISIÈME

EXTINCTION DES RAPPORTS D'OBLIGATION.

TITRE PREMIER.

DE L'EXÉCUTION.

Art. 362. Le rapport d'obligation s'éteint lorsque la prestation due est fournie au créancier.

Sect. III. § I. Le Code civil ne traite dans cette section que des modes principaux d'extinction; et encore en a-t-il supprimé au moins deux qui, depuis le droit romain, avaient toujours figuré dans l'énumération des modes d'extinction des obligations : la novation et la confusion. La première avait déjà été rejetée par le premier Projet comme inutile (*M.*, II, p. 78 et suiv.), sa fonction la plus usuelle étant désormais remplie par les modes de succession à l'obligation, tant au point de vue actif que passif (art. 398, 414, 780). D'ailleurs, là où elle doit aboutir à une véritable substitution d'une obligation à une autre, sans opérer transfert ou succession proprement dite, l'opération peut se réaliser par un double mécanisme : création d'une obligation nouvelle avec extinction de l'ancienne, l'une étant la condition de l'autre, opération, d'ailleurs, qui aboutit au même résultat que l'ancienne novation, sans qu'il y ait à faire de celle-ci une institution distincte (cf. Endem., p. 636; Sal., *Obl.*, n° 47; Gaudemet, *Transport de dettes*, p. 300 et suiv.). Quant au payement proprement dit, il a paru plus exact, pour mieux entrer dans la pensée du droit allemand, de le rendre par le mot *exécution*, qui est la traduction littérale du terme *Erfüllung*.

§ II. Quant à la confusion, encore mentionnée par le premier Projet (art. 291 P[1]), la seconde Commission a pensé (*Pr.*, 376) que le résultat qui s'en dégage devait se déduire forcément de l'essence même de l'obligation, sans compter, comme il a été dit, que la reconnaissance légale de ce mode d'extinction devait ressortir des exceptions que la loi serait amenée à formuler expressément à cet égard, comme, par exemple, dans l'article 2175, exceptions qui impliquent forcément reconnaissance implicite du principe.

Art. 362. § I. Sur la façon dont l'obligation doit être exécutée, ce qui

Si la prestation est faite à un tiers dans le but de réaliser l'exécution, les dispositions de l'article 185 reçoivent application.

---

revient à se demander comment le payement doit être fait, il n y a qu'à appliquer les dispositions de la section relative au contenu des obligations (art. 241 et suiv., art. 269 et suiv., art. 433 et suiv.); et, de même en ce qui touche le point de savoir si le payement peut être fourni par un autre que le débiteur, il y aura lieu de se reporter aux articles 267 et 268. Mais, pour ce qui est, à l'inverse, de la question relative à son acceptation par un autre que le créancier, il y avait lieu de statuer à cet égard. L'idée dominante acceptée par le Code civil est que celui qui accepte le payement de ce qui est dû à un autre fait un acte de disposition du droit d'autrui, donc un acte de disposition de la créance. Il s'agissait de savoir, en pareil cas, à quelles conditions cet acte se trouverait validé. Or, sous ce rapport, l'article 362 applique purement et simplement le principe général de l'article 185, en matière de disposition du droit d'autrui. Le payement sera valable, et par suite la créance se trouvera éteinte, non seulement lorsqu'il y aura eu autorisation préalable du créancier ou ratification de sa part, donnée après coup, mais encore, contrairement à l'article 266 P[1], lorsque le tiers se trouvera avoir acquis la créance ou avoir hérité du créancier (art. 185). Et il en sera ainsi, en pareil cas, même lorsque, avant d'avoir ainsi succédé à la créance, il avait accepté le payement de bonne foi, de telle sorte qu'il aurait dû n'être tenu à restitution que sur le fondement de l'enrichissement sans cause et dans la mesure de ce dont il reste enrichi. S'il acquiert la créance, le payement n'en est pas moins validé, son droit en tant que créancier est éteint. Il est censé avoir reçu ce qui lui était dû; et il gardera ce qui lui reste du payement reçu, sans pouvoir rien demander au delà (cf. *Pr.*, 334).

§ II. Reste à soulever la question doctrinale, relative à la conception juridique du payement. On peut se demander, en effet, si celui-ci constitue forcément un acte contractuel, donc une convention, impliquant acceptation à titre de payement de la prestation fournie, ou s'il n'est qu'un acte juridique unilatéral, valable par cela seul que l'exécution se trouve régulièrement faite, et sans autre participation du créancier. Cette question n'a pas été expressément tranchée par le Code civil, qui a voulu la laisser au domaine de la discussion scientifique (*M.*, II, 81). Cette question toutefois ne doit pas être confondue avec une autre, assez voisine, qui est de savoir quelle est la valeur de l'acceptation en tant que preuve de la régularité de payement. Il s'agit, dans le

Art. 363. Lorsque le créancier a accepté, à titre d'exécution, une prestation à lui offerte à ce titre, c'est à lui qu'incombe la

---

premier cas, de l'acceptation considérée comme une condition de l'existence du payement, et, dans le second, de l'acceptation en tant que présomption de la régularité du payement (art. 363). Sur le premier point, l'article 362 laissant toute liberté à la doctrine, puisqu'il parle de prestation exécutée, ou procurée au créancier, et non de prestation acceptée, Planck considère que la question comporte des nuances et des distinctions d'espèces fort importantes. En matière de prestation de services, ou lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un mandat, il paraît bien que le seul fait de la réalisation de la prestation promise équivaudra à payement, sans autre intervention du créancier, sauf à ce dernier le droit d'en contester la régularité, si l'exécution n'est pas conforme à ce qui avait été convenu. Au cas de commande d'ouvrage, au contraire, et de réception de travaux, l'acceptation à titre de payement pourra sembler une condition même du payement. La question se posera également en matière de transfert de propriété. Lorsque l'exécution de l'obligation doit avoir pour objet une aliénation, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, cette aliénation se réalisera par un contrat réel abstrait, lequel exigera l'acceptation du créancier. Mais, faudra-t-il que cette acceptation soit donnée à titre d'acceptation du payement? Sans doute, cette intention spéciale n'est pas exigée pour que l'aliénation soit valable, puisque le contrat d'aliénation est un contrat abstrait, valable indépendamment de sa cause. Si cependant cette intention spéciale est requise pour que cette aliénation ainsi valablement faite vaille à titre de payement, il en résultera, à défaut d'intention de ce genre, manifestée sous forme d'acceptation de payement, que l'aliénation constituera un fait d'enrichissement sans cause, et que le créancier aura gardé sa créance, tout en étant tenu à restitution sur le fondement et dans la mesure de l'enrichissement. Planck signale l'exemple, assez pratique, d'un envoi d'argent par la poste, mandat international par exemple, avec lettre qui suive, indiquant que c'est à titre de payement, alors que le destinataire touche l'argent, sans que la lettre lui parvienne, et qu'il le garde par erreur, à tout autre titre. Y aura-t-il payement réalisé et extinction de la dette en dehors même de la volonté du créancier? C'est cette question que l'article 362 n'a pas voulu trancher légalement (Pl., p. 140).

Art. 363. § I. L'article 363 traite de la valeur de l'acceptation ou réception à titre de payement par rapport au droit qui appartenait au créancier,

charge de la preuve, s'il se refuse à ce que la prestation puisse valoir comme exécution, sous prétexte qu'il y aurait eu prestation

---

en matière de contrat synallagmatique, de refuser lui-même ce qu'il doit sous prétexte de payement irrégulier. C'est le cas spécial d'application de l'exception *non adimpleti contractus*, lorsqu'elle est opposée sur le fondement, non plus d'un défaut d'exécution, mais d'une irrégularité qui rende l'exécution incomplète, ce que l'on appelle l'exception *non ritè adimpleti contractus* (cf. note sur art. 320). Cette exception peut être opposée, soit qu'il s'agisse d'un vice de la chose, soit qu'il y ait eu substitution d'une chose à une autre. Dans tous ces cas, on peut dire, théoriquement, qu'il n'y a pas payement; car le payement incomplet ou irrégulier équivaut à l'absence de payement. D'après les principes du droit commun, le créancier devrait donc pouvoir encore se prévaloir de l'exception de refus de payement, pour différer de payer ce qu'il doit, jusqu'à ce que l'irrégularité de l'exécution ait été réparée. Mais on pouvait craindre aussi que le créancier, pour gagner du temps, invoquât toujours un vice d'exécution; et pour couper court à toutes ces difficultés, on était d'avis de le réduire aux droits spéciaux qu'il peut tenir du contrat, et principalement aux actions pour vices rédhibitoires, sans aller au delà. Telle avait été la solution qui avait prévalu dans le premier Projet, lequel supprimait purement et simplement l'exception *non ritè adimpleti contractus* (art. 367 P[1]; cf. Sal., *Obl.*, n° 173). On considérait que, par le fait de la réception à titre de payement, le créancier était censé avoir renoncé au droit d'opposer l'exception d'inexécution de contrat. Dans la forme, tout au moins, le contrat avait été exécuté.

§ II. La seconde Commission ne s'est plus approprié ce raisonnement. Elle a été d'avis de maintenir, au profit du créancier, les droits qu'il tenait du contrat, donc l'exception de l'article 320. Seulement, elle a admis que le fait de la réception aurait pour conséquence un renversement des rôles quant à la preuve. La réception à titre de payement vaudra, non plus comme renonciation à l'exception de l'article 320, mais comme présomption de régularité de l'exécution; si donc le créancier se fonde sur l'irrégularité du payement pour refuser de payer ce qu'il doit, ce sera à lui de prouver l'irrégularité dont il se prévaut (cf. Wind., II, § 361, note 6, et *Ann. Dr. comm.*, 1893, p. 112). On a considéré que, dans le cas le plus pratique, celui d'une dette de genre, le refus de l'exception de l'article 320, même après livraison, eût été tout à fait injustifié, et que, même s'il s'agit de corps certain, bien que le créancier ait à sa disposition des ressources qui pourraient paraître suffisantes,

autre que celle qui était due ou parce qu'elle aurait été incomplète.

---

il serait injuste de ne pas lui permettre, s'il le préfère, d'obtenir le supplément d'exécution auquel il a droit ou la disparition du vice, lorsqu'elle est possible, par le moyen de contrainte que lui offre le droit commun de l'article 320. Seulement il fallait admettre, tout au moins, que le créancier, ayant reçu livraison, devrait subir la charge de la preuve; ce sera à lui d'établir le vice dont il se plaint. Et ce renversement de preuve s'imposera, même lorsque, au lieu de vice d'exécution, il y aura eu substitution d'un objet à un autre, bien qu'il s'agisse ici d'inexécution totale, au sens exact du mot. C'est qu'il y a eu réception à titre de payement et que toute réception de ce genre fait présumer la validité ou plutôt la régularité du payement. Cette extension du principe d'interversion de preuve au cas, non seulement où il y a défaut de qualité, mais substitution d'un objet à un autre, a été l'œuvre de la seconde Commission (*Pr.*, I, p. 637).

§ III. Seulement, puisque la réception à titre de payement opère cet effet d'interversion de preuve, il importe de la définir et d'en préciser les conditions d'existence. Il importe de la distinguer : 1° de ce que l'on pourrait appeler à proprement parler l'«acceptation de payement», qui serait une reconnaissance contractuelle de sa validité, et qui aurait pour effet de supprimer tous les droits et actions fondés sur l'irrégularité du payement, et avant tout l'exception de l'article 320; et 2° du simple payement formel, ou unilatéral, résultant, dans la théorie qui admet la possibilité de payements valables en dehors de toute participation intentionnelle du créancier, du seul fait de l'exécution réalisée, sans autre réception de la part de créancier (note sur art. 362). La réception à titre de payement constitue donc comme un degré intermédiaire, qui implique, non pas que le créancier reconnaisse la régularité de l'exécution, mais qu'il entende la recevoir à titre de payement. Cette participation consciente de la part du créancier peut seule justifier la présomption qui sert de base au renversement de la preuve. Donc il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait réception de payement, que le créancier ait déclaré l'exécution régulière, et il pourrait même se faire qu'en présence d'une déclaration de ce genre, il y ait non seulement réception de payement, mais acceptation définitive et reconnaissance de sa validité. La loi n'établit aucune présomption à cet égard. On n'exige pas davantage, pour maintenir au profit du créancier l'exception de l'article 320, que celui-ci ait fait ses réserves relati-

vement à la régularité de l'exécution fournie, de même qu'à l'inverse le Code civil ne s'explique pas sur la valeur et l'effet des réserves qu'il aurait pu faire; maintiendraient-elles l'application de l'article 363 sur le renversement de la preuve, auraient-elles au contraire pour effet d'obliger le débiteur à prouver la régularité du payement? Ce serait là une question d'interprétation au sujet de laquelle on n'a voulu établir aucune présomption légale. Il suffit que le créancier ait su qu'il s'agissait d'un payement, et qu'il ait reçu la chose à ce titre : l'exception de refus de payement lui sera maintenue, mais la preuve de l'irrégularité sera à sa charge.

§ IV. Si, au contraire, il n'y avait que payement formel sans réception d'aucun caractère subjectif de la part du créancier, il pourrait se faire encore, suivant les théories (note sur art. 362), que l'on considérât le payement comme réalisé, mais il n'en suivrait pas moins que le créancier pourrait en dénier la validité ou l'existence, soit pour opposer l'exception de l'article 320, soit pour exercer l'action du contrat, et réclamer livraison d'un autre objet, s'il s'agit d'une dette de genre, sans avoir aucune autre preuve à fournir : ce serait au débiteur à établir non seulement qu'il a payé, mais que le payement était régulier. C'est la solution qu'impose *a contrario* l'article 363. Il n'est pas douteux que, dans bien des cas, cette preuve pourra présenter pour le débiteur d'assez grosses difficultés, par exemple s'il s'agit de choses de genre dont il y ait à établir la provenance. Ce peut être le cas d'une livraison de raisins vendus sur pied et que le créancier prétendrait provenir d'un domaine différent. Si le créancier avait à faire sa preuve, il semble que la difficulté pour lui eût été moindre, à supposer toutefois qu'il ait pu être à même de faire surveiller l'enlèvement. Il est vrai, si l'on part de l'idée qu'il y ait défaut de réception de sa part, qu'il sera assez rare qu'il ait été en mesure de vérifier la provenance. Quoi qu'il en soit, le débiteur pourra être souvent aussi dans l'impossibilité d'établir l'identité d'origine et de prouver que les raisins ainsi livrés avaient été récoltés dans tel ou tel de ses domaines. Aussi, pratiquement, trouvera-t-il un moyen de ressource dans la théorie de la demeure du créancier, puisque celle-ci est possible même dans les cas où le créancier n'est pas en faute de n'avoir pas pris livraison, et puisqu'elle se produit sans que le débiteur ait à prouver que le défaut de réception soit un pur procédé de chicane ou qu'il constituât une faute quelconque de la part du créancier (art. 293). Il en sera ainsi surtout lorsque ce sera au créancier à venir prendre livraison et procéder à l'enlèvement de la récolte. S'il s'y refuse, il se trouve constitué en demeure; et si le débiteur procède à la livraison, il n'est pas douteux que la preuve de l'irrégularité d'exécution incombe au créancier.

Art. 364. Le rapport d'obligation s'éteint lorsque le créancier accepte pour tenir lieu d'exécution une prestation autre que celle qui était due.

Art. 364. § I. L'article 364 traite de la dation en payement qu'il considère comme un véritable payement, ayant pour effet d'éteindre l'ancienne dette *ipso facto*, pourvu, bien entendu, que le contrat nouveau, ainsi formé entre les parties, soit valable.

§ II. La prestation qui forme l'objet de la dation en payement peut consister non seulement en un transfert de propriété portant sur une chose autre que celle qui était due, mais dans le fait de la part du débiteur de contracter une nouvelle obligation, et alors c'est une novation sans changement de personnes, produisant comme toute dation en payement extinction de l'ancienne dette. C'est la part faite par le Code civil à la novation proprement dite, en tant qu'elle se distingue de la cession de dette ou de créance. Il pourrait se faire aussi que la dette nouvelle substituée à l'ancienne fût contractée avec un nouveau débiteur; l'article 364 n'a pas visé cette hypothèse, tandis qu'il fait allusion à la novation contractée sans qu'il y ait changement de personnes. C'est que, dans cette dernière hypothèse, la loi admet une présomption qui ne devra plus trouver son application au cas d'obligation nouvelle contractée avec l'intervention d'un tiers. Voilà pourquoi la première catégorie est seule visée par le texte. Mais, toute question de présomption à part, lorsqu'il est établi qu'il y a novation, que ce soit ou non avec changement de personnes, l'effet est le même, il consiste à éteindre la dette avec tous ses accessoires et garanties, sans qu'on réserve la possibilité de les rattacher à l'obligation nouvelle (Pl., 144, cf. Gaudemet, *Transport de dettes*, p. 301).

§ III. Ceci posé, lorsqu'il s'agit d'une obligation nouvelle contractée entre les mêmes personnes, la loi considère, bien que l'opération puisse s'interpréter comme constituant une novation, qu'une seconde interprétation est également possible. Il peut se faire, en effet, que les parties n'aient pas entendu libérer immédiatement le débiteur, mais lui offrir simplement une facilité de libération, en ce qu'on lui permet de fournir le second objet au lieu du premier, mais que, s'il ne le fournit pas, le créancier garde le droit qu'il tient de sa créance initiale de demander l'objet de cette dernière. Ces deux interprétations étant possibles, la loi a voulu établir une présomption pour le cas où il y ait doute sur l'intention des parties; cela suppose que les termes employés par les parties soient suffisamment vagues pour laisser planer un doute sur leurs

Si le débiteur, dans le but de désintéresser le créancier, prend vis-à-vis de celui-ci un nouvel engagement, il n'y a pas lieu d'ad-

---

intentions. Le texte suppose que l'obligation nouvelle aurait été contractée «en vue de désintéresser le créancier». Rien n'est plus vague. Même si la clause portait que l'obligation eût été contractée «en vue de la libération du débiteur», on pourrait encore considérer que le doute subsiste, puisqu'il n'est pas dit qu'il s'agisse de libération immédiate, ou d'un moyen destiné seulement à faciliter la libération. Quoi qu'il en soit, lorsqu'il y a doute, la loi, pour cette hypothèse seulement d'obligation contractée sans qu'il y ait changement de personnes, établit une présomption d'après laquelle ce n'est pas l'idée de novation que l'on doit admettre, mais celle d'une simple facilité de libération. Il n'y a pas dation en payement, mais garantie de payement. L'engagement nouveau n'est pas pris, comme dit le texte, comme exécution du premier; ce dernier subsiste donc encore.

§ IV. Dans ce cas, par conséquent, l'ancienne obligation subsiste à côté de la nouvelle. Celle-ci n'est plus qu'un moyen de faciliter le payement, et non de le réaliser. C'est cette nouvelle obligation que le créancier devra poursuivre, ou dont il devra se contenter. Mais, si elle n'est pas exécutée, il aura la ressource de l'ancienne dette qui subsiste. Cette dernière jouera le rôle d'une garantie subsidiaire; et le cas que l'on a spécialement visé est celui surtout où le débiteur aurait fourni une valeur en effets de commerce.

§ V. On a déjà vu que cette présomption de l'article 364 ne s'applique plus si l'obligation nouvelle est contractée avec un nouveau débiteur; dans ce cas, l'interprétation reste libre, sans être dominée par aucune présomption. Il pourra donc se faire que le juge, dans l'interprétation de la convention, fasse prédominer l'idée de novation : ce serait une novation par changement de débiteur. Cependant, si la nouvelle obligation est contractée surtout entre les deux débiteurs, l'ancien et le nouveau, il semble bien, d'après l'article 414, que ce que l'on devra présumer, ce ne serait pas la novation, au sens de substitution d'une dette à une autre, mais la cession de dette, au sens de succession à la dette. Il y aurait d'ailleurs une troisième combinaison, dont il a été question à propos des stipulations pour autrui, et que l'article 329 désigne sous le nom de «promesse d'exécution», laquelle, on l'a vu, ne réalise ni le transfert de la dette, ni sa substitution par une dette nouvelle : il n'y a ni novation, ni cession. Et l'on a vu aussi qu'aucune présomption légale n'était établie en vue de donner la préférence, au cas de doute, à l'une des deux com-

mettre, en cas de doute, qu'il prend l'engagement pour tenir lieu d'exécution.

Art. 365. S'il a été donné, pour tenir lieu d'exécution, une chose,

---

binaisons sur l'autre : cession de dette ou promesse d'exécution. Lorsque, au contraire, la convention sera contractée avec le créancier, au lieu de l'être entre les deux débiteurs, l'ancien et le nouveau, c'est alors que l'idée de novation pourra paraître très vraisemblable. Mais, sur ce point encore, l'article 364 n'a voulu établir aucune présomption légale. Il pourrait se faire, en effet, qu'il n'y eût encore qu'une simple promesse d'exécution, mais différant de celle qui n'aurait été conclue qu'avec le débiteur; en ce cas, le créancier acquerrait action contre le nouveau débiteur, et aurait deux débiteurs au lieu d'un : ce serait un cas de délégation imparfaite. Entre cette hypothèse et celle de la novation proprement dite, laquelle éteint l'ancienne dette et libère le débiteur initial, la loi n'établit aucune présomption. Le juge est libre de se décider d'après l'interprétation du contrat, et, lorsqu'il y a doute, d'après les présomptions et les usages.

Art. 365. § I. Le but de l'article 365 est de réduire le créancier au cas d'éviction ou de vices de la chose aux actions de garantie, sans qu'il y ait à considérer l'ancienne créance comme subsistante; ce qui veut dire que l'extinction de l'obligation initiale, si elle est subordonnée à la validité du contrat constitutif de la dation en payement, ne l'est pas à la réalisation du contrat lui-même et, par suite, à l'exécution des obligations qui en dérivent. Si donc ces dernières ne sont pas exécutées, ou ne le sont qu'imparfaitement, ou plutôt si le résultat immédiat que le créancier avait eu en vue ne se produit pas, il faut distinguer si la dation en payement avait eu pour objet, soit la constitution d'une nouvelle obligation, auquel cas la responsabilité du débiteur est déterminée par les règles générales sur l'inexécution en matière d'obligation, soit un transfert de propriété, une cession de créance ou la constitution de tout autre droit, auquel cas le créancier est assimilé à un acheteur et peut invoquer tous les droits résultant de l'obligation de garantie, pour lesquels par conséquent il faut distinguer le défaut de droit ou les vices de la chose.

§ II. Si c'est le droit qui fait défaut en tout ou en partie, il faut, par application des articles 434 à 444, revenir aux règles des articles 320 à 327, si ce n'est, comme le remarque Planck (p. 144), qu'il n'y a pas à parler ici de l'exception *non adimpleti contractus* des articles 320 à 322, puisque la presta-

une créance contre un tiers, ou tout autre droit, le débiteur doit, à raison d'un défaut dans le droit ou d'un défaut de la chose, la prestation de garantie de la même manière qu'un vendeur.

---

tion du créancier, dont le but était l'extinction de sa propre créance, étant déjà réalisée, le débiteur n'a plus rien à exiger de lui et que, par suite, le créancier ne peut avoir d'exception dilatoire à lui opposer. Restent les articles 323 à 327, dont le premier, prévoyant l'inexécution non imputable à faute, laisse les risques à la charge du débiteur. Il faudrait donc faire revivre en tout ou en partie l'obligation initiale du débiteur, tout en faisant remarquer que le droit qui appartient au créancier sous ce rapport ne peut s'exercer que d'après les règles admises en matière de restitution pour enrichissement sans cause (art. 323 al. 3). Mais le cas vraiment pratique et délicat est celui d'inexécution imputable à faute, en prévoyant l'hypothèse où le créancier exigerait résiliation de la dation en payement, conformément à l'article 325, et avec application, d'après l'article 327, des règles sur la résiliation (art. 346 et suiv.). Il a donc droit, en échange des restitutions qui peuvent lui incomber, à la restitution de son ancienne créance; et il semble bien (Pl., p. 145) qu'elle ne puisse revivre de plein droit et rétroactivement avec ses garanties et accessoires, ce qui serait contraire au principe même qui ressort de l'article 365 et au droit commun sur les conséquences de la résiliation, puisque celle-ci n'a pas pour effet d'annihiler et de résoudre les actes constitutifs ou translatifs de droit réalisés en vertu du contrat et sur le fondement du contrat, mais d'obliger les parties à remettre les choses en état par des transferts, cessions ou restitutions en sens inverse : ici donc le débiteur devra se constituer à nouveau débiteur dans les termes de son obligation initiale et, par suite, faire revivre les droits de gages ou d'hypothèques qui auraient été éteints, ce qui ne leur donnerait rang qu'à cette date.

§ III. Au cas de vices de la chose, il y aura ouverture aux actions naissant de la garantie des vices (art. 459 et suiv.), avec application, si le créancier choisit l'action rédhibitoire, des conséquences qui viennent d'être exposées.

§ IV. Quant à cette double responsabilité pour garantie, si le nouvel article 365, contrairement à l'article 265 P[1] qui s'exprimait sous une forme plus générale sans faire allusion à celui qui la devait, l'impute expressément au débiteur, tout le monde reconnaît qu'il n'a visé que le *plerumque fit*, sans prétendre qu'il en serait encore forcément ainsi si la dation émanait d'un tiers et qu'elle eût été acceptée comme telle par le créancier. Dans ce cas, en prin-

Art. 366. Lorsque le débiteur, en vertu de plusieurs rapports d'obligation, est obligé envers le créancier à des prestations de

---

cipe, et sous réserves de certaines circonstances spéciales, c'est le tiers qui serait soumis à garantie. En effet, rien dans le Protocole des séances de la seconde Commission ne saurait indiquer qu'on eût voulu changer quelque chose aux dispositions de fond de l'ancien article 265 P[1] (*Pr.*, p. 333-334).

Art. 366. § I. L'article 366 part du principe, si bien mis en relief par l'article 1253 du Code civ. fr., que l'imputation dépend entièrement du débiteur; elle doit se faire par déclaration unilatérale de sa part. C'est qu'en effet, s'il peut être douteux que le payement exige toujours et dans tous les cas un accord de volontés, il n'est pas contesté qu'il doive impliquer, tout au moins chez celui de qui il émane, la volonté de payer, laquelle ne va pas sans un objet sur lequel porte cette volonté, donc sans la désignation de la dette à payer, et il en serait ainsi, comme Planck le remarque, en dépit de ce que semblent dire les Motifs (II, p. 86), même s'il y avait eu par avance accord conclu entre les parties sur la dette à éteindre la première. Le créancier, sans doute, pourrait alors rejeter l'imputation contraire faite par le débiteur, comme il le peut toujours pour toute imputation qu'on prétend lui imposer; mais ce serait là de sa part un refus d'acceptation et l'on rentrerait dans la question de la demeure du créancier. Ce qui est certain, c'est que la convention antérieurement conclue ne l'autoriserait pas à substituer à l'imputation du débiteur celle résultant du contrat intervenu; il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'imputation conventionnelle, faite non pas avant, mais au moment du payement, puisqu'elle impliquerait déclaration du débiteur concomitante au payement et imputation faite par lui, à ce moment même, et d'accord avec le créancier, sans qu'il pût revenir après coup sur cette déclaration implicite (Pl., p. 140).

§ II. Le point important était donc, le principe admis, de déterminer la présomption à suivre au cas de défaut d'imputation expresse émanant du débiteur. Et l'on se trouvait sous ce rapport, bien que partant du même principe, en présence de deux procédés très divers d'interprétation : celui du Code civil français, qui admet que, s'agissant d'interpréter la volonté présumée du débiteur, la présomption doit être pour l'interprétation la plus conforme à ses intérêts, et que, par suite, comme il s'agit de volonté unilatérale de sa part, il faudra donner la préférence, dans tous les cas, à la dette qui était la plus

même espèce, et que ce qu'il a fourni à titre de prestation ne suffise pas à couvrir l'ensemble des dettes, sera couverte celle des dettes qu'il aura désignée lors de la prestation qu'il a faite.

Si le débiteur n'a fait aucune désignation, sera couverte tout d'abord la dette qui serait échue, entre plusieurs dettes échues celle qui offre le moins de sûreté au créancier, entre plusieurs dettes offrant une égale sûreté, la plus onéreuse pour le débiteur, entre

---

onéreuse (art. 1256, C. civ. fr.); puis celui du droit prussien (*All. Pr.*, L. R. I, 16, § 166) qui, tout en partant du premier de ces deux principes, considère toutefois que, dans la pratique, cette volonté unilatérale se soumet le plus souvent à une entente avec le créancier, et que cette entente se fait toujours dans le sens de la combinaison qui puisse concilier les intérêts réciproques des deux parties, donc en faveur de la dette qui offre le moins de sûreté au créancier, puisque, sans cela, celui-ci cesserait de faire crédit pour les autres et poursuivrait l'intégralité de ce qui lui est dû, au détriment, cela va de soi, de l'intérêt bien entendu du débiteur. Donc, d'après la première interprétation, l'imputation devrait se faire d'abord, à parité d'échéances, sur la dette la plus solidement garantie, puisque ce serait la plus onéreuse pour le débiteur, et c'est ce qu'acceptait le premier Projet (art. 267 al. 2), système français; tandis que, d'après la seconde, elle devrait se faire sur celle qui le serait le moins, comme étant celle qui doit offrir le moins de sécurité au créancier, de sorte que, celle-ci payée, il fût disposé à accorder crédit pour les autres; et c'est ce qu'accepta le second Projet (art. 315 al. 2 P²), système prussien. Si donc l'imputation reste en principe un acte unilatéral, on considère qu'en pratique elle se fait presque toujours par un accord avec le créancier, et c'est cet accord que l'article 366 al. 2 présume et qu'il interprète, à défaut d'imputation expresse. Mais, bien entendu, s'il y a identité de garanties entre les dettes et en ce qui touche le créancier, bien que la charge de chacune d'elles puisse être différente pour le débiteur, on revient au principe de l'imputation portant de préférence sur celle qui serait la plus onéreuse pour lui. Ainsi s'explique que la solution nouvelle de l'article 366 al. 2, en dépit des apparences, se concilie encore avec le principe maintenu à la base de l'article 366, que l'imputation doit se faire, à défaut de déclaration expresse, dans le sens de l'intérêt bien entendu du débiteur; du moins est-ce cette conciliation que la seconde Commission a considérée comme possible (cf. art. 396 et la note).

plusieurs également onéreuses, la dette la plus ancienne, et si toutes datent de la même époque, chaque dette proportionnellement.

Art. 367. Lorsque le débiteur, en dehors de la prestation princi-

---

Art. 367. Le second Projet (art. 316 al. 2), à l'inverse de ce qui s'était passé pour la disposition de l'article 366, revint, pour l'imputation faite au cas de payement partiel, à l'application du droit français, lequel admettait, lorsque le débiteur voulait faire porter l'imputation sur le capital avant de l'appliquer aux intérêts, une exception au droit de désignation du débiteur (art. 1254), tandis que le premier Projet (268 al. 2) imposait la solution inverse, poussant jusqu'à l'extrême les conséquences du droit reconnu au débiteur, et obligeait par suite le créancier, même au cas d'imputation ainsi répartie, à subir la loi du débiteur, sauf toujours son droit de refuser le payement avec menace d'être constitué en demeure pour conséquence. Il est vrai que, dans certains cas, la prestation fournie pouvait être considérée comme payement partiel et que, par suite, il pouvait y avoir impossibilité à la mise en demeure du créancier (note sur art. 294). Mais, pour décider lorsque la prestation était de nature à couvrir le principal sans s'étendre aux accessoires, s'il y avait payement partiel, il pouvait y avoir des distinctions délicates à faire sur le point de savoir si l'action comprenait en un tout indivisible principal et accessoires, ou s'il n'y avait pas créances et actions distinctes. Toutes ces difficultés ont paru, pour ce qui est de la seconde Commission, devoir justifier ici une exception au moins partielle au principe du droit de désignation du débiteur formulé par l'article 366, exception d'ailleurs conforme au droit commun et aux usages, comme aux nécessités de la pratique. Elle consistera en ce que, si le débiteur veut imposer une imputation contraire à celle de l'article 367, le créancier pourra refuser le payement sans risquer d'être constitué en demeure; mais s'il accepte le payement, il devra subir l'imputation du débiteur (Pl., p. 336-337). Toutes ces solutions sont implicitement indiquées dans la formule du texte, où il est dit que le créancier peut refuser l'acceptation de la prestation, ou, conformément à la traduction déjà admise (cf. note sur art. 254), rejeter l'acceptation, ce qui implique, pour écarter toute équivoque, l'idée qu'il a le droit de repousser l'offre de payement et la demande d'acceptation qui lui est présentée. La conséquence en est forcément qu'il échappe ainsi à la mise en demeure, mais que, s'il ne déclare pas son refus d'acceptation, il se soumet à l'imputation qu'on lui propose.

pale, doit acquitter des frais et intérêts, une prestation faite par lui, et qui ne suffit pas à couvrir la dette tout entière, sera imputée d'abord sur les frais, puis sur les intérêts et en dernier lieu sur la prestation principale.

Si le débiteur indique un autre mode d'imputation, le créancier peut rejeter toute acceptation de la prestation.

Art. 368. Le créancier doit, contre réception de la prestation

---

Art. 368. § I. Le droit qui appartient au débiteur d'obtenir quittance sous forme écrite en échange du payement, et bien entendu sous forme concomitante, donnant donnant, se traduit par la mise en demeure du créancier qui refuserait de donner quittance pour la prestation offerte. Quant aux hypothèses dans lesquelles le débiteur aurait intérêt à obtenir une quittance sous une autre forme, on pourra en trouver un exemple à l'article 1144 (cf. art. 1191). Mais le point important était de fixer le caractère juridique de la quittance. Car la question délicate, soumise à de vives controverses dans la doctrine, était de savoir si la quittance constituait une simple déclaration du créancier avouant qu'il a reçu, donc un aveu extrajudiciaire et, par suite, une déclaration constituant un simple témoignage, et n'ayant pas pour objet d'être constitutive de droit; ou bien, si cette déclaration n'aurait pas la valeur d'un acte juridique, constitutif de droit, et impliquant par suite émission d'une promesse par laquelle le créancier reconnaîtrait avoir reçu et s'engagerait à ne plus contester le fait du payement, donc à ne plus poursuivre le débiteur du chef de l'obligation. Cette promesse, que l'on aurait pu concevoir comme résultant d'une déclaration unilatérale, devrait être considérée, d'après l'article 305, comme dérivant d'un contrat.

§ II. Mais ce contrat lui-même peut présenter des nuances assez diverses. En lui donnant son maximum d'intensité, on devrait le faire rentrer parmi les contrats de reconnaissance des articles 780 et 397 al. 2. Cela signifie qu'il y aurait engagement, de la part du créancier, de ne plus rien demander du chef de l'obligation. Que l'on veuille y voir une véritable remise de dette, ou une simple reconnaissance d'extinction de la dette, destinée à garantir le débiteur contre toute poursuite ultérieure, et par suite n'admettant, de la part du créancier, aucune preuve contraire de la non-réception du payement, ce sont là des nuances et des sous-distinctions, laissées à l'interprétation du contrat.

et sur la demande qui lui en est faite, délivrer une reconnaissance écrite de réception (quittance). Si le débiteur a un intérêt juri-

---

Dans tous les cas, du moment qu'il y a contrat de reconnaissance, le créancier se trouverait réduit aux ressources de la théorie sur l'enrichissement sans cause (art. 812). On peut supposer, pour en comprendre le fonctionnement, le cas d'une quittance remise avant payement, en vue d'un payement à recevoir. Le créancier, dès que la quittance a la valeur d'un véritable contrat de reconnaissance, ne serait pas autorisé à exiger que sa créance lui fût restituée, s'il se contente de prouver qu'il n'avait rien reçu lors de la délivrance de la quittance, donc que le fait affirmé dans la quittance était inexact. Ce fait ne suffirait pas, en effet, à prouver l'absence de cause; car le créancier peut avoir reçu après coup. La promesse incarnée dans la quittance subsiste encore. Il faudrait donc que le créancier pût établir que, même ultérieurement, il n'a rien reçu; dans ce cas, l'absence de cause étant démontrée, il y aurait, sous forme de restitution, obligation pour le débiteur de faire revivre sa dette.

§ III. Or il pourrait se faire, tout en acceptant l'idée de contrat, qu'au lieu d'un contrat de reconnaissance il y eût simplement contrat relatif à la preuve, contrat probatoire. C'est celui par lequel le créancier, garantissant le moyen probatoire qu'il fournit au débiteur, s'engagerait à tenir le payement comme effectué, tant que la preuve contraire n'aurait pas été fournie; et cette preuve contraire, bien entendu, serait à sa charge. Il est vrai qu'en fait il en serait à peu près de même si l'on voyait dans la quittance un simple aveu d'exécution, sans autre engagement spécial. Cet aveu ferait preuve jusqu'à ce que le contraire fût établi. Il y aurait cependant cette différence que, lorsqu'il s'agit d'un simple fait de preuve, le créancier serait encore en droit d'en discuter la valeur probatoire et d'établir qu'il n'a nullement entendu tenir le fait comme prouvé; auquel cas, ce serait au débiteur à fournir le supplément de preuve nécessaire. S'il y a eu contrat probatoire, le créancier s'est engagé à considérer l'acte qu'on lui oppose comme devant constituer pour le débiteur une preuve suffisante, de telle sorte que ce dernier n'eût pas à fournir d'autre preuve du fait allégué, mais sans que le créancier se fût interdit à lui-même d'établir que le fait ainsi affirmé était faux. C'est ainsi que, dans l'exemple d'une quittance antérieure au payement, la quittance suffira pleinement, en ce qui touche le débiteur, et une fois cette anticipation établie, à faire admettre que cette attestation était fausse, parce qu'à la date de la quittance aucun payement n'avait été reçu. Ce serait donc cette fois au débiteur, s'il

dique à ce que la quittance soit délivrée sous une autre forme, il peut exiger délivrance sous cette forme.

---

prétend avoir payé après coup, à faire cette preuve nouvelle; et c'est en cela que le contrat probatoire se distingue du contrat de reconnaissance, puisque, dans ce dernier, ce serait encore au créancier à établir qu'il n'a rien reçu, ni avant ni après.

§ IV. Quant à savoir quelle est exactement la présomption que l'article 368 a entendu accepter, pour le cas où le caractère juridique de la quittance n'aurait pas été spécifié, et il faut bien reconnaître que c'est le cas ordinaire, c'est un point qui a donné lieu à d'assez délicates controverses. Ce qui paraît bien certain, c'est que, tout au moins lorsqu'il n'est pas établi que la quittance avait été donnée par anticipation, elle n'a pas le caractère d'un contrat de reconnaissance, ne laissant d'autres ressources au créancier que celles de l'article 812. Car c'est pour écarter cette présomption que l'on a voulu définir la quittance, en la désignant sous le nom de «reconnaissance», non pas du payement, mais de la réception : le créancier ne reconnaît pas avoir été payé, mais avoir reçu. Mais cette déclaration de réception est-elle un simple aveu ou un contrat probatoire? Il semble bien qu'entre les deux conceptions on n'ait voulu établir aucune présomption légale, laissant au juge le soin de décider d'après les usages et les espèces (*Pr.*, 338). Sur tous ces points, cependant, les auteurs restent divisés. La plupart considèrent que la quittance constitue un simple mode de preuve, un aveu émané du créancier, mais sans autre engagement de sa part (voir les références dans Kipp sur Wind., II, 778). D'autres, comme Planck, admettent qu'il est très difficile que le créancier qui signe un aveu de payement ne s'engage pas, dans tous les cas, à lui reconnaître la valeur d'une preuve suffisante, sauf à lui à faire la preuve contraire. Et encore Planck va-t-il jusqu'à déclarer que, dans le cas de quittance donnée par anticipation, il est presque impossible de ne pas faire prévaloir l'idée de contrat de reconnaissance. Car le créancier qui vient de délivrer la quittance avant payement, d'accord avec le débiteur, n'a pas pu ne pas s'engager à s'interdire toute preuve immédiate de non-payement; ce qui revient à dire qu'il ne s'est pas réservé le droit de faire la preuve contraire, et qu'il n'aurait de ressources que dans la théorie relative à l'enrichissement sans cause. Il est vrai que, dans le système de l'aveu, on a pu dire que l'aveu devait avoir une portée différente suivant les cas et que, lorsqu'il y a attestation de payement ou quittance par anticipation, le créancier ne pourrait se prévaloir du défaut

Art. 369. Les frais de la quittance doivent être supportés et avancés par le débiteur, à moins qu'une solution différente ne se déduise du rapport juridique existant entre lui et le créancier.

---

de payement qu'après la date éventuelle auquel le payement devait intervenir et à la condition de prouver qu'il n'est pas intervenu; et la différence avec le contrat de reconnaissance consisterait alors en ce que, pour ce dernier, s'agissant d'une restitution sur le fondement de l'enrichissement sans cause, le droit du créancier n'est pas censé avoir subsisté; c'est le débiteur qui est obligé de faire revivre sa dette, tandis que, dans l'autre hypothèse, le défaut de payement étant acquis, le créancier n'aura pas cessé d'être créancier. Enfin, Endemann (I, § 141-1, 3) présume de droit commun le contrat de reconnaissance. Peut-être sera-t-il plus conforme aux opinions émises devant la seconde Commission de considérer que le contrat de reconnaissance n'est jamais présumé et ne peut être établi que d'après l'interprétation du contrat; tandis que la présomption, pour le cas de doute, serait en faveur de l'idée d'un simple fait probatoire, mais qu'il y aura rarement doute; car, dans la plupart des hypothèses, il résultera des usages que l'intention des parties aura été de faire de la quittance un véritable contrat probatoire, avec réserve de preuve contraire au profit du créancier (Pl., 149). Quoi qu'il en soit, la présomption de droit commun serait encore en faveur d'une déclaration simplement énonciative d'un fait, et non d'une déclaration de volonté, au sens juridique. (Cf. O. Bülow, *Das Geständniss-Recht*, p. 186 et suiv.)

§ V. On avait proposé de ne plus obliger le créancier à donner quittance pour certains payements, comme ceux au comptant; en pareil cas la quittance n'est pas d'usage. Mais on a fait observer que l'article 368 n'impose cette obligation que sur la demande du débiteur et que, dans les cas visés, le débiteur presque toujours s'abstiendra de cette exigence. On avait parlé également de faire admettre la signature par voie de timbre là où ce procédé s'impose d'après les usages. Il a été répondu que les usages resteraient ce qu'ils sont et que cependant il pouvait arriver que le débiteur eût intérêt à exiger que la signature fût donnée à la main. Il fallait que ce droit lui fût réservé.

Art. 369. L'obligation établie par l'article 369 est la conséquence de ce fait que la quittance est dans l'intérêt du débiteur. Si donc ce dernier refusait de faire l'avance, par exemple des frais de timbres ou autres de cette espèce, le créancier serait autorisé à ne pas délivrer la quittance, donc à refuser de

Si, par suite d'un transfert de la créance ou par voie de succession héréditaire, une pluralité de créanciers se trouve substituée au créancier initial, le supplément de frais qui en résulte tombe à la charge des créanciers.

Art. 370. Le porteur d'une quittance est considéré comme ayant été habilité à recevoir la prestation, à moins que les circonstances, en tant qu'elles seraient connues de celui qui fait la prestation, ne s'opposent à ce que l'on admette une telle habilitation.

Art. 371. Si, relativement à la créance, un titre de souscription

---

prendre livraison, tant que le débiteur n'offrirait pas de payer les frais; et ce refus, loin de le constituer en demeure, pourrait, selon les cas, entraîner au contraire demeure du débiteur, à moins bien entendu que celui-ci fût disposé à exécuter, tout en renonçant à exiger quittance. Mais, sous ce rapport, il était évident que cette obligation pourrait être écartée par une clause du contrat, comme elle le serait également par la nature de l'obligation, si par exemple celle-ci a été contractée dans l'intérêt de l'autre partie. (Voir également un exemple en note sous l'art. 371.) Quant à l'aggravation de frais résultant de ce que postérieurement le nombre des créanciers se serait augmenté, il était juste qu'elle fût supportée par ces derniers, sans toutefois, comme le remarque Planck (p. 152), qu'on pût savoir au juste comment pratiquement on devrait s'y prendre : faudra-t-il ne payer les frais que d'une seule quittance, sauf à en être dispensé lors des payements à faire aux autres créanciers, ou pour chacun d'eux ne payer que la part afférente à chaque quittance et calculée sur les frais d'une seule?

Art. 370. Présomption empruntée par la seconde Commission (art. 319 P² et *Pr.*, p. 341) à l'article 296 Anc. C. C^es, d'où résulte que cette dernière disposition a disparu du nouveau Code de commerce (*Entw. eines H. G. B.*, p. 192).

Art. 371. Cette substitution de la reconnaissance de payement au titre même de la créance, qui le plus souvent sera un simple billet sous seing privé, n'est pas subordonnée à la preuve par le créancier de l'impossibilité de restituer celui-ci : on se contente de la déclaration faite par lui qu'il lui est impossible de le rendre; et c'est une innovation de la seconde Commission (cf. art. 271 P¹ et 320 P², *Pr.*, p. 341). Aussi cette dernière a-t-elle exigé

de la dette a été dressé, le débiteur peut, indépendamment de la quittance, exiger la restitution de ce titre. Si le créancier prétend être dans l'impossibilité de faire la restitution, le débiteur peut exiger une reconnaissance certifiée par voie de légalisation publique que la dette est éteinte.

TITRE DEUXIÈME.

DE LA CONSIGNATION.

Art. 372. Le débiteur peut, pour le compte du créancier, et lorsque celui-ci est en demeure d'accepter, consigner, dans un

---

que l'attestation donnée par le créancier et dûment légalisée fût, non plus une déclaration, comme portait l'article 271 P[1], mais une reconnaissance de payement, expression technique qui implique (note sous art. 368) un véritable contrat par lequel le créancier s'interdit de poursuivre du chef de l'obligation; quant aux frais de légalisation, ils sont forcément à la charge du créancier, bien que l'article 368 ne le dise plus (cf. art. 271 P[1]); cela allait de soi d'après la formule même de l'article 369.

Art. 372. Voir Paul Müller, *Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem B. G. B.* dans *Iher. Iahr.*, 1900, p. 411 et suiv. — Le premier Projet (art. 272) restreignait l'admission de la consignation, par la raison même que ce devait être un moyen extrême dont la fonction dût être remplacée, autant que possible, par l'extension plus largement admise de la demeure du créancier (Sal., n° 50), au cas où l'objet de la dette serait de l'argent ou des valeurs; c'est le second Projet, encore que devant la seconde Commission (*Pr.*, p. 344) on eût proposé plus ample extension, qui ajouta les autres titres, susceptibles d'être assimilés aux effets et valeurs, et surtout les objets précieux. La condition d'admissibilité de droit commun sera, bien entendu, la demeure du créancier, laquelle n'implique, on le sait, aucune condition de faute. Les deux autres conditions subsidiairement admises n'en impliqueront pas davantage : ce sera l'incertitude en quelque sorte objective sur le droit du créancier, par exemple s'il y a eu cession de créance et qu'elle soit annulable, ou l'incertitude subjective sur le point de savoir qui véritablement est créancier, pourvu que cette igno-

établissement public désigné à cet effet, de l'argent, des valeurs et tous autres titres, ainsi que des objets précieux. Il en est de même lorsque le débiteur, par suite de toute autre cause existant dans la personne du créancier ou à raison d'une incertitude où il puisse être, sans qu'il y ait négligence de sa part, sur la personne du créancier, ne peut exécuter son engagement ou qu'il ne puisse l'exécuter avec sécurité.

Art. 373. Si le débiteur n'est obligé à fournir prestation que contre une prestation du créancier, il peut faire dépendre de la réalisation de cette contre-prestation le droit du créancier à la réception de la chose consignée.

Art. 374. La consignation doit se faire à la caisse des consignations

---

rance n'ait pour fondement aucune négligence du débiteur (cf. Pl., p. 155). Dans le premier cas, l'incertitude a son fondement dans les conditions sous lesquelles le créancier a acquis sa créance, c'est une cause résidant dans la personne du créancier; dans le second, l'incertitude porte sur cette personne elle-même.

Art. 373. Disposition ajoutée par la seconde Commission (*Pr.*, p. 345-346), et qui allait de soi (*M.*, II, p. 96); le débiteur qui a consigné ne peut perdre par l'acceptation du créancier les droits qui lui appartiennent au cas de dette réciproque (art. 273 et 320). Il fallait donc admettre, en dépit de cette acceptation elle-même, et s'il y a eu réserve faite à cet égard par le débiteur, que le créancier ne pourrait toucher la chose, donc en prendre livraison, que moyennant exécution concomitante de sa propre obligation (cf. note sous art. 378 et 380).

Art. 374. La sanction de ces différentes obligations n'est pas la non-validité de la consignation (cf. L. Intr., p. 144). Le texte, en effet, ne les impose pas en employant les termes techniques qui visent les cas de nullité (cf. art. 56 et 57). Pour ce qui est de l'avertissement exigé par le second alinéa du texte, ce n'est pas une déclaration de volonté constitutive d'un acte juridique (art. 130): s'il est omis, la sanction n'est pas davantage la non-validité de la consignation. Et, quant au cas où cette omission cesse d'engager la responsabilité du débiteur, ce n'est pas seulement quand il y a impossibilité

du lieu de prestation; si le débiteur consigne dans un autre lieu, il doit au créancier réparation du dommage qui peut en résulter.

Le débiteur doit, sans retard, donner avis au créancier de la consignation; au cas d'omission de sa part il est obligé à la réparation du dommage. Il est permis d'omettre cet avis, lorsqu'il serait impraticable.

Art. 375. Lorsque la chose consignée est expédiée à la caisse des consignations par l'intermédiaire de la poste, la consignation a effet rétroactivement à partir du moment où il y a eu remise de la chose à la poste.

Art. 376. Le débiteur a le droit de retirer la chose consignée.

---

d'avertir le créancier; mais de simples difficultés, pourvu qu'elles fussent assez graves ou qu'il s'agît de frais considérables, suffiraient. — Sur la valeur de l'expression «sans retard» du texte, voir art. 121.

Art. 375. Innovation de la seconde Commission (*Pr.*, p. 348), alors que le premier Projet (art. 280 al. 3) laissait cette question au domaine des lois d'États (cf. L. Intr., art. 144 et 145). Mais il a paru que la détermination du moment auquel devraient se reporter les effets de la consignation touchait non pas à la question d'organisation des caisses de dépôts, mais à celle des rapports entre le créancier et le débiteur et il importait que la date à laquelle ces effets devraient se produire ne pût dépendre des longueurs ou des irrégularités du transport. D'ailleurs, on n'a pas voulu dire que la remise à la poste suffirait à réaliser la consignation, puisqu'on parle de rétroactivité. La pensée de la loi est que la consignation, acquise seulement par la réception de la chose, aura ses effets reportés, non à l'envoi, mais à la remise elle-même. En décidant autrement, on aurait mis les risques de transport à la charge du créancier. De là, par conséquent, la réglementation uniforme de la question admise dans le Code civil, au lieu d'en laisser la solution à la diversité des lois d'États.

Art. 376. § I. La consignation n'opère pas *ipso facto* de façon irrévocable (cf. Sal., n° 52); de là en principe le droit de retrait du débiteur, sauf renonciation de sa part. Mais il ne s'agit là que du droit qui lui appartient unilatéralement sans qu'il y ait eu clause spéciale à ce sujet avec le créancier;

Le retrait est exclu :

1° Lorsque le débiteur déclare à la caisse des consignations qu'il renonce au droit au retrait;

2° Lorsque le créancier déclare à la caisse des consignations son acceptation;

3° Lorsque l'on produit à la caisse des consignations un jugement intervenu entre le créancier et le débiteur, et passé en force de chose jugée, qui déclare la consignation régulière.

Art. 377. Le droit au retrait n'est pas susceptible de saisie.

---

sinon, les conditions d'exclusion du droit de retrait ne seraient plus celles fixées par la loi, mais celles admises par le contrat, à supposer qu'il en eût admis.

§ II. En ce qui touche le retrait légal et non conventionnel, les causes d'exclusion sont au nombre de trois (ajouter cependant art. 377 al. 2) : renonciation du débiteur, acceptation du créancier et régularisation judiciaire du dépôt. Il s'agit donc, sauf cette dernière hypothèse, de manifestations de volonté au sens de l'article 130, qui peuvent intervenir à toute époque, sauf la réserve de l'article 382, ce qui prouve que la renonciation du débiteur ne doit pas être forcément concomitante à la consignation; ces déclarations doivent être adressées, non pas de l'une des parties à l'autre, mais à l'établissement lui-même, pour qu'il ait connaissance des droits réciproques des parties, en vue précisément de l'exercice du droit de retrait, auquel il lui eût été impossible de s'opposer s'il y avait eu renonciation ou acceptation à son insu. Quant au cas où le débiteur peut revenir sur sa renonciation, il faut, en dehors de l'article 382, ajouter l'hypothèse de l'article 75 C. Pr. all., en ce sens que, s'il y a poursuite en payement, puis contestation judiciaire de la part d'un tiers au sujet de la créance, le débiteur poursuivi ne peut être mis hors de cause, après avoir consigné, que s'il renonce au droit de retrait; aussi déclare-t-on désormais que, si aucun des prétendus créanciers ne vient à l'emporter, la chose consignée pourra être retirée, en dépit de la renonciation au droit de retrait.

Art. 377. Le second alinéa a été emprunté à l'article 217 P[1]; et le premier fut ajouté par la seconde Commission (art. 326 P[2] et *Pr.*, p. 353). On

Lorsqu'une faillite est ouverte sur le patrimoine du débiteur, tant que dure la faillite, le droit au retrait ne peut être exercé même par le débiteur.

Art. 378. Lorsque le retrait de la chose consignée est exclu, le débiteur, par le fait de la consignation, est libéré de son engage-

---

a fait observer que, bien que la libération ne fût pas définitive par le seul fait du dépôt, elle devait être considérée, au point de vue de l'auteur de la consignation, comme un acte de disposition ayant pour objet le payement du créancier, de telle sorte que, vis-à-vis des autres créanciers, la chose est censée sortie du patrimoine de leur débiteur, donc elle n'est plus leur gage. Si ce dernier peut en décider autrement en exerçant le droit de retrait, c'est une faculté purement personnelle exercée dans son seul intérêt; et de son intérêt lui seul est juge. Donc, pas de saisie possible; et de même, au cas de faillite, la chose consignée ne compte plus dans la masse. Seulement, on ne pouvait admettre, tant que dure la faillite, qu'il dépendît du débiteur de faire à son gré rentrer ou non la chose dans la masse : c'eût été mettre le créancier à sa merci.

Art. 378. § I. L'article 378, traitant des effets de la consignation, adopte une conception juridique qui se trouve juste à l'inverse de celle du premier Projet (art. 272 P[1]), quoique les conséquences pratiques doivent en être à peu près les mêmes : l'article 272 faisait dériver la libération du seul fait de la consignation, sauf à la déclarer rétroactivement non avenue si le débiteur exerçait son droit de retrait. C'était une libération sous condition résolutoire. L'article 378 subordonne la libération à la perte du droit de retrait (art. 376), donc à l'irrévocabilité de la consignation, ce qui en fait une libération sous condition suspensive. Mais, d'une part, l'article 276 P[1] défendait, *ex intervallo*, et tant que la résolution restait possible, de faire valoir les effets dérivant de la libération, et, d'autre part, l'article 379 actuel admet *ex intervallo* certains effets analogues à ceux qui résulteraient d'une libération déjà réalisée (note sous art. 379); de là l'équivalence ou à peu près des résultats. Le changement est presque purement théorique, en vue d'aboutir à une conception juridique qui a paru plus simple et moins artificielle. Il ne faudrait pas croire non plus qu'en subordonnant la libération à l'irrévocabilité de la consignation, c'est-à-dire le plus souvent à l'acceptation du créancier, on fût revenu à l'idée d'une offre de payement suivie d'acceptation, puisque, parmi

ment de la même manière qu'il l'aurait été si, au moment de la consignation, il eût fait prestation au créancier.

---

les faits qui rendent la consignation irrévocable (art. 376), se trouve également la renonciation du débiteur au droit de retrait, donc une manifestation de volonté purement unilatérale. Et en tout cas les conditions de cet effet libératoire de la consignation sont avant tout la régularité de la consignation conformément aux dispositions de l'article 372. Ce n'est pas à dire que ce soit à l'administration, chargée du dépôt, à vérifier si ces conditions se trouvent remplies; elle n'a pas à constater par exemple si le créancier était véritablement en demeure ou toute autre condition équivalente résultant de l'article 372. Si, par exemple, le débiteur a renoncé au droit de retrait bien que la consignation soit irrégulière, cette renonciation vaudra irrévocabilité à l'égard de l'établissement; celui-ci ne pourra plus autoriser le retrait de la consignation, bien qu'il n'y ait pas encore libération au regard du créancier. D'autre part, à l'égard du créancier, l'irrégularité disparaîtrait par une acceptation valant reconnaissance de sa part de la consignation elle-même; cette acceptation vaudrait tout au moins ratification à l'égard du débiteur, même si elle n'est adressée qu'à lui. Toutefois elle ne lie l'établissement et, par suite, ne rend la consignation irrévocable, à supposer qu'elle ne le soit pas déjà par la renonciation du débiteur, que si elle est adressée à l'établissement lui-même; on l'a vu sur l'article 376 (Pl., p. 160).

§ II. Une fois la libération acquise par le fait de l'irrévocabilité d'une consignation régulièrement faite, les garanties et accessoires de la créance disparaissent rétroactivement, et le débiteur, se trouvant avoir payé, est autorisé à poursuivre, dans le cas où il y en ait une, la contre-prestation du créancier. Toutefois, si le débiteur a usé de la faculté de l'article 373, en subordonnant le droit pour le créancier de toucher l'objet à la condition préalable de l'exécution de sa propre obligation, il arrivera le plus souvent (art. 380) que le créancier ne pourra prendre livraison que sur une attestation du débiteur, reconnaissant que la condition prévue par l'article 373 se trouve réalisée, et par suite autorisant l'administration à remettre la chose au créancier. Aussi pourrait-on croire que dans cette hypothèse seulement, c'est-à-dire celle de l'article 373, le débiteur, en dépit de sa libération, ne pourrait poursuivre qu'après délivrance de l'attestation de l'article 380, puisque, sans cela, le créancier ne pouvant encore toucher ce qui lui est dû, se trouverait exposé à payer avant de pouvoir prendre possession de la chose consignée. Mais Planck

Art. 379. Si le retrait de la chose consignée n'est pas exclu, le débiteur peut renvoyer le créancier à la chose consignée.

Tant que la chose reste consignée, le créancier supporte les risques et le débiteur n'est pas obligé de payer les intérêts ou de fournir réparation pour les profits non perçus.

Si le débiteur retire la chose consignée, la consignation vaut comme non avenue.

Art. 380. Lorsque, d'après les dispositions établies pour la caisse

---

invoque contre cette solution les termes absolus de l'article 378 et le fait, d'autre part, que cette objection serait irrecevable, s'il y a demeure du créancier (art. 274 al. 2). Or la demeure sera le cas ordinaire en matière de consignation (art. 372); il semble donc bien en résulter que, sous ce rapport, dans tous les cas de consignation, et non seulement au cas de demeure du créancier, la situation du débiteur doive être la même : quoi qu'il en soit, la question reste controversée.

Art. 379. L'article 379 règle la condition intérimaire résultant du système admis par l'article 378 d'une libération sous condition suspensive. Il fallait, en prévision de cette libération, laquelle aura effet rétroactif (art. 378), que jusque-là le débiteur n'eût pas à souffrir du retard mis à l'acceptation de la chose par le créancier. Aussi l'article 379 lui accorde deux avantages, dont l'un consiste dans un moyen de défense mis à sa disposition au cas de poursuite du créancier et par lequel il le renverra à la chose consignée, et dont l'autre n'est qu'une application à son profit, pour le cas tout au moins où la consignation ne coïnciderait pas avec la demeure du créancier, des effets ordinaires admis par la loi dans cette dernière hypothèse : c'est la reproduction un peu abrégée des dispositions des articles 300 à 302. Ces effets d'ailleurs disparaissent, même pour le passé, si le débiteur retire la chose, puisque dans ce cas la consignation est à considérer comme si elle n'avait jamais eu lieu, sous cette réserve d'ailleurs que la mise à l'écart du second alinéa de l'article 379, quant aux risques, ainsi qu'aux intérêts et profits non perçus, ne se produit que s'il n'y avait pas déjà demeure préalable du créancier, la disparition de la consignation laissant subsister cette dernière avec tous ses effets.

Art. 380. § I. Il s'agissait ici de régler la situation du créancier vis-à-vis de

des consignations, telles qu'elles auraient été fixées pour la justification du droit de réception du créancier, une déclaration du débiteur

---

l'établissement dépositaire. Que le créancier ait droit à la chose, ce n'est pas douteux, puisque c'est pour lui qu'elle a été remise à l'établissement, l'article 372 le dit formellement. Il lui faudra sans doute justifier de son identité; mais ce n'est pas ce point que l'article 380 a eu en vue, mais le cas, son identité étant reconnue, où le droit même qui lui appartient, non pas d'accepter, car celui-ci ne peut pas être contesté, mais de toucher et de retirer la chose, pourrait être subordonné à certaines conditions, dont la principale, celle qu'on a voulu viser, est précisément celle dont le débiteur, au cas de contrat synallagmatique, eût été autorisé à se prévaloir, conformément à l'article 373 : car il ne pourrait en imposer d'arbitraires qui ne correspondraient pas au contenu de l'obligation (cf. *Pr.*, p. 355).

§ II. Strictement et à s'en tenir là, l'établissement, pour dégager sa responsabilité, n'aurait pu délivrer la chose au créancier que lorsque ce dernier eût établi la preuve de la réalisation pour son compte des conditions qui lui étaient imposées, c'est-à-dire, en somme, la preuve du payement de sa propre obligation (art. 373). Mais, pour faciliter la tâche de la caisse des consignations, la Loi d'introduction permet aux différents États de fixer par voie de règlements généraux faits pour les établissements de ce genre dépendant d'eux les conditions sous lesquelles cette justification pourrait être faite (*L. Intr.*, art. 145); et l'on prévoit que, le plus souvent, elles consisteront à imposer au créancier de rapporter une déclaration écrite du débiteur, portant reconnaissance de ce dernier que le créancier a satisfait à ses obligations et qu'il est autorisé à toucher la chose consignée. Il s'agissait donc de donner au créancier le droit d'exiger en pareil cas cette déclaration du débiteur; et l'on avait proposé de ne le lui permettre qu'après extinction du droit de retrait; donc que s'il avait accepté antérieurement la chose consignée (art. 376). Sinon, disait-on, le débiteur poursuivi en délivrance de la susdite déclaration n'aura qu'à retirer la chose pour faire tomber la poursuite. Mais cette restriction a été repoussée, parce qu'il peut y avoir grand intérêt pour le créancier, surtout en vue de l'hypothèse où il contesterait la régularité de la consignation, à pouvoir exiger cette déclaration du débiteur, en même temps que le procès s'engage sur la validité de la consignation elle-même, donc avant qu'il puisse accepter la chose. Car, si cette validité est reconnue, il faut, pour éviter tout retard, que le débiteur puisse par le même jugement être condamné à fournir la

portant reconnaissance de ce droit est nécessaire ou suffisante, le créancier, sous les mêmes conditions préalables sous lesquelles il aurait été autorisé à poursuivre la prestation si la consignation n'avait pas eu lieu, peut exiger du débiteur qu'il émette cette déclaration.

Art. 381. Les frais de la consignation sont à la charge du créancier, à moins que le débiteur ne retire la chose consignée.

Art. 382. Le droit du créancier au montant de la valeur consi-

---

déclaration qu'on lui demande, de façon à permettre au créancier d'opérer le retrait immédiatement (*Pr.*, p. 351-356). Quant aux conditions sous lesquelles cette déclaration peut être exigée, ce sont celles qui justifieraient le droit de poursuite du créancier, s'il n'y avait pas eu consignation, ce qui implique, comme condition principale, et c'est celle qu'on a voulu viser, que le créancier ait en effet exécuté de son côté la prestation dont il était débiteur ; de cette façon, sans doute, ce sont les mêmes preuves à fournir que celles qui seraient à établir de droit commun si la législation d'État n'eût fixé aucun règlement de ce genre; mais le conflit s'engage et le procès se déroule entre les parties intéressées, sans que la caisse des consignations ait à intervenir. Elle n'a qu'à attendre la justification qu'elle a droit d'exiger.

§ III. Il faut remarquer en outre qu'une justification analogue pourrait être admise au profit de la caisse des dépôts, au cas d'incertitude sur la personne du créancier, ce qui est l'une des hypothèses qui donnent droit à la consignation (art. 372), et que, dans ce cas, les effets à en déduire seraient à peu près les mêmes que ceux qui viennent d'être décrits pour le cas de l'article 373.

Art. 382. Cette disposition a été ajoutée par la seconde Commission dans son Projet revisé (art. 376 P³), parce qu'il a semblé, si le créancier restait trente années sans poursuivre, que le débiteur devait être dans la même situation que s'il n'eût pas opéré la consignation, auquel cas il eût bénéficié de la prescription. Donc il devait jouir d'un bénéfice analogue; voilà pourquoi, après ce délai préfixe, il y a, non seulement extinction du droit du créancier, mais encore restitution du droit de retrait au débiteur, même s'il y eût renoncé auparavant, le tout portant sur la valeur de la chose consignée plutôt que sur la chose elle-même, parce que, d'après l'article 145 L. Intr., il est possible que, d'après les lois d'État, spéciales à la matière, avant même expiration

gnée s'éteint à l'expiration des trente années qui suivent la réception de l'avis de consignation, à moins que le créancier, avant cette échéance, ne fasse notification à la caisse des consignations; le débiteur a droit au retrait, même s'il avait renoncé au droit de retrait.

Art. 383. Lorsque la chose mobilière objet de la dette ne présente pas les caractères susceptibles de la rendre propre à la

---

de ce délai de forclusion, l'établissement ait pu être déclaré propriétaire de la chose elle-même ou autorisé à la vendre; de même que ce délai de trente ans n'est qu'un maximum fixé par le Code civil, et que la législation spéciale de l'État est autorisée à abréger, pourvu, dans tous les cas, qu'il soit toujours accordé au moins un an au débiteur, après extinction des droits du créancier, pour l'exercice de son droit de retrait (L. Intr., art. 145). Quant au point de départ du délai de forclusion, il ne présente de difficulté que pour le cas prévu par l'article 374 où il y a dispense de la notification à faire au créancier, lorsqu'elle serait impraticable, ce qui, on l'a déjà vu, n'implique pas impossibilité absolue; d'où ces deux solutions possibles : exiger encore, pour que le délai puisse courir, une notification par le débiteur, en dépit des difficultés qu'elle puisse présenter; ou les faire partir de la consignation elle-même, par analogie de l'article 1128. Le point sera controversé (cf. Pl., p. 163).

Art. 383. § I. L'article 383 apporte un complément nécessaire à l'article 372 qui limite aux choses énumérées par lui le droit de consignation : pour les autres, il fallait admettre un succédané de la consignation, ce sera la vente aux enchères. Mais elle n'est permise en principe que pour l'un des cas de consignation, s'il y a demeure du créancier, et exceptionnellement seulement pour les autres cas prévus par l'article 372. Ici l'effet libératoire ne peut résulter que de la consignation du prix aux conditions ordinaires de l'article 378. On s'est demandé seulement si, par le fait même de la vente, il n'y a pas déjà changement d'objet et substitution du prix à la chose, de telle sorte que le droit du créancier ne porterait plus que sur le prix : les Motifs du premier Projet semblaient l'admettre (*M.*, II, p. 103) et on pourrait l'induire par analogie des articles 966, 979, 1219 et 1247. D'autres, au contraire, y verront un argument *a contrario;* d'où il résulterait que, malgré la vente, le droit du créancier reste fixé à l'objet primitif, et qu'il n'y a subrogation du prix à la chose que par la consignation elle-même, ou encore par l'acceptation du

consignation, le débiteur peut, au cas de demeure du créancier, la faire vendre aux enchères au lieu de prestation et consigner le

---

créancier, soit qu'il adhérât par avance à la consignation, soit qu'il consentît à recevoir directement le prix de la chose vendue. Mais le débiteur, à défaut d'acceptation de ce genre, peut toujours opérer la subrogation en consignant le prix : c'est un droit que la loi lui donne et pour lequel il n'a pas à dépendre du consentement du créancier. Ce n'est pas que la question présente grand intérêt pratique, puisque de droit commun les risques sont pour le débiteur et qu'en tout cas les droits que le créancier pourrait vouloir exercer du chef de son obligation initiale, ou à la suite de la perte de la chose (art. 323 et suiv.), se heurteraient au droit qui appartient au débiteur de s'y soustraire immédiatement par voie de consignation du prix : resterait pour ce dernier la possibilité d'un droit d'option pour le cas où il rentrerait en possession de la chose et qu'il préférât la livrer au créancier, celui-ci consentant à la recevoir. Tout cela n'a que très peu d'importance pratique. Quoi qu'il en soit, la question sera controversée (cf. Pl., p. 164-165).

§ II. Autre controverse également examinée par Planck (*loc. cit.*), en ce qui concerne la sanction des prescriptions relatives à la désignation du lieu de la vente : sera-ce l'irrégularité de cette dernière, de telle sorte que les effets généraux qui en dérivent, et entre autres le droit à la consignation du prix, ne pourraient plus se produire, ou de simples dommages-intérêts pour insuffisance du prix, par analogie de la sanction admise par l'article 374 si l'on n'a pas opéré le dépôt à l'établissement compétent pour le recevoir, ainsi que de l'assimilation de l'article 1243 ? Mais ici encore on pourra raisonner par *a contrario*, et c'est ce que fait Planck, vu la différence des situations, les droits du créancier n'étant pas compromis par la substitution d'une caisse à une autre, et au cas de vente du gage (art. 1236 et 1243) le gagiste ayant un intérêt personnel à faire la vente dans les conditions les plus favorables, tandis que dans l'hypothèse de l'article 383 le débiteur est totalement désintéressé ; de là, pourrait-on dire, la nécessité d'une sanction plus rigoureuse en vue de la sauvegarde des droits du créancier. Donc, ici encore, la question restera douteuse.

§ III. Pour ce qui est de la compétence des officiers et personnes chargées de la vente, il y a à remarquer que l'huissier a seul compétence générale et universelle, en vertu du droit de l'Empire. Pour les autres, leur désignation dépend des législations particulières d'État (Pl., p. 165).

produit de la vente. Il en est de même dans les cas de l'article 372 pr. 2, lorsque la perte de la chose est à craindre ou que la garde de la chose doive entraîner des frais excessifs.

Lorsque la vente aux enchères au lieu de prestation ne semble pas devoir donner un résultat favorable, la chose devra être mise en vente dans tout autre lieu plus approprié.

La vente aux enchères doit se faire par voie d'adjudication publique, par le ministère d'un huissier commis pour le ressort de la localité où a lieu la vente aux enchères, ou celui d'autres fonctionnaires ayant compétence pour les ventes de ce genre, ou d'un vendeur public officiellement institué à cet effet (vente aux enchères publiques). La date et le lieu de la vente aux enchères doivent être portés à la connaissance du public en même temps qu'une description générale de la chose.

Art. 384. La vente aux enchères n'est permise qu'après avoir fait l'objet d'un avis comminatoire adressé au créancier; il est permis d'omettre l'avis comminatoire, si la chose est menacée de dépérissement et que la remise de la vente doive entraîner des risques à cet égard.

Le débiteur doit avertir sans retard le créancier de la vente aux enchères; au cas d'omission de sa part, il est obligé à réparation de dommage.

Il est permis d'omettre l'avis comminatoire comme l'avertissement subséquent, s'ils sont impraticables.

Art. 385. Si la chose a une valeur cotée en Bourse ou sur le

Art. 384. Il importe uniquement de faire remarquer sur les deux premiers alinéas du texte la différence des sanctions, la régularité même de la vente paraissant bien dépendre de l'avis préalable, tandis que le défaut d'avertissement postérieur ne donne lieu qu'à des dommages-intérêts.

Art. 385. Addition de la seconde Commission : et, comme la vente dont

marché, le débiteur peut faire procéder à la vente à l'amiable et au prix du cours par l'entremise d'un courtier ayant reçu qualité officielle pour les ventes de ce genre ou par une personne ayant compétence pour une vente aux enchères publiques.

Art. 386. Les frais de la vente aux enchères ou de la vente effectuée conformément à l'article 385 sont à la charge du créancier, à moins que le débiteur, après avoir consigné le produit de la vente, n'en opère le retrait.

TITRE TROISIÈME.

DE LA COMPENSATION.

Art. 387. Lorsque deux personnes se doivent réciproquement des prestations qui, d'après leur objet, sont de même espèce,

---

il est question à l'article 385 remplace, pour les objets qui s'y trouvent visés, la vente aux enchères, il faudra lui appliquer les effets de cette dernière, tels qu'ils résultent de l'article 383, de même que les dispositions relatives au lieu où doit se faire la vente et celles qui concernent les avis et notifications de l'article 384. Quant aux personnes désignées par le texte, il faut remarquer que le nouveau Code de commerce, de droit commun, ne connaît plus de courtiers officiels (art. 93 et suiv.); ce n'est donc que par exception que la loi impose l'entremise de courtiers de ce genre, et le cas visé par l'article 385 constitue une de ces exceptions; pour les autres personnes auxquelles fait allusion la fin du texte, voir l'article 383 al. 2. Cf. d'ailleurs art. 1221 et 1235.

Art. 386. Cf. art. 381.

Art. 387. § I. Le Code civil ne s'occupe que de la compensation extrajudiciaire, opérée par déclaration unilatérale de l'une des parties (cf. Sal., *Obl.*, n° 55 et suiv.). On laisse donc sous l'empire du principe de la liberté des conventions la compensation conventionnelle (cf. Wind., II, § 351, n° 2, et Dernb., II, § 62). Lorsque la compensation s'opère par voie de contrat entre deux débiteurs réciproques, la doctrine aura à prendre parti entre les différents systèmes déjà proposés, et dont le plus généralement admis consistait à

chacune des deux parties peut compenser sa créance contre la créance de l'autre partie, à partir du moment où elle peut pour-

---

voir là une double convention de remise de dette. Chacune de ces deux opérations se servirait de cause réciproquement, et l'extinction de l'une des dettes impliquerait extinction de l'autre, donc existence préalable de cette dernière (cf. Dernb., *loc. cit.*, note 3). La compensation serait alors, soit un contrat indépendant et distinct, soit une clause accessoire d'un contrat principal; et sa validité, au moins entre les parties, dépendrait des conditions de droit commun de validité des contrats. On a pu soutenir cependant qu'à l'égard des tiers, les cautions par exemple, et tout au moins dans une hypothèse, lorsqu'il y a déclaration de compensation rattachée à un contrat conclu entre les deux débiteurs réciproques, celle-ci produirait ses effets indépendamment de la validité du contrat. Il en serait ainsi, au moins à l'égard des tiers intéressés à l'extinction réciproque des deux dettes, de telle sorte que, pour ce qui est d'eux, les effets de la compensation dussent rester acquis, quoi qu'il pût arriver (cf. Kohler, *Aufrechnung* dans *Zeits. f. deuts. Civilprozess*, XXIV, p. 31).

§ II. Le Code civil ne s'occupe pas davantage de la compensation judiciaire, et la conception qu'il accepte permet de se demander s'il subsiste encore une compensation judiciaire. Cette dernière était le système du droit commun allemand : elle supposait une poursuite entamée relativement à l'une des deux dettes et le défendeur répondant à la poursuite par une exception de compensation. Le Code civil (art. 388) permet à chacun des deux débiteurs de ne pas attendre d'être poursuivi et d'imposer la compensation à l'autre par une simple déclaration unilatérale, avec effet rétroactif au jour de la coexistence des deux dettes. Cette conception aboutira, une fois la compensation déclarée, à peu près aux mêmes résultats que ceux réalisés dans le système français d'une compensation *ipso jure*. Il restera sans doute certaines différences, celle-ci, par exemple, que, si l'un avait payé alors qu'il y avait coexistence des deux dettes, la déclaration de compensation paraît bien rendue impossible et le payement valable, tandis que, dans le système français, il y aurait, dans la même hypothèse, payement d'une dette déjà éteinte et ouverture du droit de répétition (art. 1299 C. civ. fr.). On verra d'autres intérêts pratiques en notes sous les articles 387, 389, 390, 392, 396, 406, 417. On a pu dire que le fait, pour un créancier, d'être débiteur de son créancier constituait pour lui une garantie spéciale, en vertu de laquelle il pouvait opérer, pour se payer, une sorte de saisie sur lui-même (Sal., *loc. cit.*); et Kohler (*loc. cit.*) a surtout

suivre la prestation qui lui revient et effectuer celle qui lui incombe.

---

fait valoir le rapprochement à établir avec la délégation par voie d'assignation. Le créancier, au lieu de donner ordre à son débiteur de payer à un de ses créanciers, lui donne ordre de se payer à lui-même; ce qui éteint les deux dettes, comme dans l'assignation. Aussi n'y aurait-il plus à distinguer, suivant que cet ordre intervient au cours d'un procès ou avant tout procès. Ce n'est plus une exception s'opposant à la poursuite, mais un fait analogue à ce que serait un payement opéré par le débiteur au cours de la poursuite de son créancier. Déjà ce changement de conception a dû entraîner modification de plusieurs articles du Code de procédure, et entre autres de l'article 293. Il y était dit que le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquait à l'exception judiciaire de compensation, que la créance opposée en compensation ait été on non reconnue existante. L'article 322, qui lui correspond, ne fait plus application de ce principe que si la créance opposée en compensation est déclarée inexistante. Dans le cas contraire, en effet, le jugement constatant qu'il n'y a plus lieu à poursuite, à raison de l'extinction des deux dettes, implique par lui-même reconnaissance judiciaire de l'existence des deux créances, et cette reconnaissance implicite est soumise au principe de l'autorité de la chose jugée; il n'y avait plus à en faire à nouveau application à la créance opposée en compensation : c'était reconnaître que celle-ci ne donnait pas lieu à une exception spéciale, au sens technique du mot. Aussi a-t-on soutenu que la compensation judiciaire n'existait plus (cf. également art. 302 et 145 C. Pr. all., et *Denk.*, p. 317 et 321; Stamm., p. 243).

§ III. Cela est vrai, en tant qu'il s'agirait d'une compensation opérée par voie d'exception. Mais il y a encore une compensation judiciaire en ce sens que la compensation déclarée au cours d'un procès se rattache à l'instance à laquelle elle se relie; et ceci n'est pas sans produire certaines conséquences pratiques. Il y a celle tout d'abord de l'article 322 C. Pr. all., d'après lequel la créance invoquée étant reconnue en justice a la valeur d'une créance constatée par jugement. De même, toute déclaration de compensation faite en justice est-elle subordonnée à la reconnaissance par jugement de la créance principale, objet de la poursuite. Ce n'est pas qu'il s'agisse là d'une condition affectant la déclaration de compensation, ce qui serait en opposition avec l'article 388. Et, en effet, il ne s'agit pas de faire dépendre la compensation d'un événement à venir, au gré du débiteur, mais d'en subordonner l'existence à l'une des

conditions exigées par la loi elle-même pour que la compensation soit possible; or l'une de ces conditions légales est précisément la validité et l'existence des deux dettes à compenser. Donc, la déclaration ainsi faite étant liée à l'instance, elle dépend de l'issue du jugement (note sur art. 387). Aussi est-ce à cette hypothèse que fait surtout allusion l'article 209 en admettant l'effet interruptif de la compensation, ce qui n'a d'application pratique que si cette dernière n'a pas opéré libération du débiteur, donc s'il y a eu déclaration de compensation au sujet d'une dette reconnue inexistante. Cette déclaration n'en opérera pas moins interruption de prescription relativement à la créance opposée par le défendeur et qui subsiste (cf. note sur art. 209, et Pl. sur § 209). On pourra voir dans Kohler (*loc. cit.*, § 7 et 8) d'autres intérêts pratiques de la distinction (cf. note sur art. 390, et Scholl., p. 327 et suiv.).

§ IV. Quoi qu'il en soit, ces deux hypothèses à part, compensation conventionnelle et compensation judiciaire, la réglementation du Code civil se restreint à la compensation extrajudiciaire par voie de déclaration purement unilatérale de l'un des débiteurs à l'autre. C'est cette dernière dont va s'occuper l'article 387.

§ V. L'article 387 indique quelles sont les conditions de la compensation, en ce qui concerne : 1° les personnes qui peuvent l'opposer; 2° les dettes au sujet desquelles elle peut être admise; et 3° les prestations qui la comportent. Sur le premier point, l'article 387 pose le principe qu'elle ne peut intervenir qu'entre personnes qui soient réciproquement et personnellement débitrices l'une de l'autre: le débiteur seul peut la déclarer. Le droit de compenser n'appartient pas à un tiers; bien qu'un tiers puisse payer pour le débiteur, il ne peut faire abandon de ce qui lui est dû, par voie de compensation avec ce qu'un autre doit à son débiteur (cf. art. 267, 268, et *Pr.*, 362). Donc la compensation n'est possible que relativement à une dette existant personnellement contre celui qui l'opère. De même, on ne peut opposer la compensation que d'une créance qui appartienne au débiteur lui-même dont la dette est compensée. Aussi, la compensation n'ayant pas lieu de plein droit, les tiers intéressés à s'en prévaloir, codébiteurs solidaires ou cautions, ne sont pas autorisés, en principe, à prendre l'initiative d'une compensation entre une créance appartenant à l'un des codébiteurs ou au débiteur principal et la dette qui leur est personnelle. La loi seule pourrait leur en donner le droit, par exception à la règle de l'article 387 (cf. art. 422 al. 2; art. 770, al. 2). Il faut, d'ailleurs, que la réciprocité des dettes existe au moment même où se fait la déclaration de

compensation. Ce principe de réciprocité reçoit exception, toutefois, dans l'article 406 (cf. art. 417).

§ VI. Quant aux conditions concernant les dettes, il semble bien, pour rendre la compensation admissible, qu'il faille que toutes deux, non seulement existent, mais soient à échéance. Le point n'est pas douteux en ce qui touche la créance de celui qui opère la compensation : celle-ci implique abandon par le créancier de ce qui lui est dû, donc remise de dette, et c'est cette remise de dette qui opère extinction de la dette réciproque. Il est indispensable pour cela que la créance que l'on abandonne existe; sinon celui qui en est le débiteur, ayant subi l'extinction de la créance qui lui appartenait, se trouverait déchu de ses droits sans avoir rien acquis en échange, puisque la libération dont il a bénéficié n'était qu'apparente, la dette n'existant pas. Il aurait été payé de ce qui lui est dû par l'extinction d'une dette qui n'existait pas. Or il faut considérer comme inexistante toute créance pour laquelle on n'a pas d'action en justice, alors même que, si elle venait à être payée, la loi dût refuser la répétition (cf. art. 656, 751; cf. Pl., 169). Mais, il faut également que cette créance soit échue. Car le créancier, en compensant, se paye sans autre intervention du débiteur; il se paye avec ce qu'il doit. Il faut, pour qu'il ait le droit de se payer lui-même, qu'il ait eu le droit de poursuivre et d'exiger le payement. Pour le cas où la créance serait paralysée par une exception, il en sera parlé à l'article 390. Reste l'hypothèse inverse, celle relative à la créance contre laquelle la compensation se réalise, c'est-à-dire la dette de celui qui compense, celle dont il est le débiteur. En ce qui concerne le terme, si le débiteur pouvait y renoncer, il pourra compenser. Seulement, on peut supposer l'inexistence de la dette; et il ne faut pas confondre avec l'inexistence le cas où le débiteur, alors même qu'on ne pût rien exiger de lui, par exemple à raison d'une exception qui paralyse sa dette, pourrait encore payer à titre de payement. Toute dette qui existe au point de vue du payement est une dette qui existe au point de vue de la compensation. La question posée ne vise donc que l'inexistence proprement dite de la dette. Ne peut-on pas dire alors que la partie qui, par suite de la compensation, a renoncé à sa créance, a payé l'indû et qu'il ne lui reste qu'une *condictio?* Ce serait le cas, en matière d'assignation, si le créancier délègue son débiteur à un prétendu créancier à qui il ne devait rien. Il y aurait à cela un intérêt considérable, au point de vue de la libération des cautions et autres intéressés. S'il en était ainsi, on pourrait y voir une différence importante avec la compensation déclarée au cours d'un procès, laquelle est toujours subordonnée, on l'a vu à la note précédente, à la reconnaissance judiciaire de la dette, objet

Art. 388. La compensation se réalise par voie de déclaration envers l'autre partie. La déclaration est inefficace, si elle est émise sous une condition ou sous apposition d'un terme.

---

de l'instance principale (cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 20). Il est douteux cependant que cette opinion doive l'emporter. Il semble bien, d'après le texte de l'article 387, qu'il faille, pour la compensation, que les deux intéressés soient réellement débiteurs l'un de l'autre, donc qu'il y ait deux dettes actuellement existantes (cf. Pl. sur § 387, n° 1-*a*, sur § 388, n°s 2 et 3 et § 389, n° 3). Toutefois, on pourrait, à l'encontre de cette solution, invoquer l'article 390, qui écarte la compensation si la créance de la partie qui prend les devants était soumise à quelque exception, mais qui semble bien *a contrario* la permettre si ces exceptions étaient afférentes à celle existant contre la partie qui compense, et sans distingner si elle-même à ce moment en avait ou non connaissance (cf. Scholl., 332, et note sous l'article 390). En tout cas, on peut comprendre que l'on admette une distinction, suivant que la dette serait nulle ou simplement annulable (cf. Crome, II, § 192, note 36 à 38).

§ VII. Enfin il faut la similitude d'objets des prestations, ce qui n'a jamais fait de doute. Mais il importe de remarquer que le Code civil n'exige plus la liquidité des dettes. Si donc le débiteur se prévaut d'une créance non liquide et qu'il y ait contestation judiciaire, une fois celle-ci tranchée, la compensation vaudra à partir du jour où elle avait été déclarée, ce qui constitue une différence sensible avec le droit français (cf. Sal., *Obl.*, n° 66). Si c'est au cours d'une instance que la compensation est déclarée, le même effet se produira, sous réserve de l'application de l'article 145 C. Pr. all. : il s'agit du droit de séparer les instances, au cas, soit de déclaration de compensation faite en justice, soit de demande reconventionnelle.

Art. 388. Ce texte est la disposition capitale qui fixe le mécanisme pratique admis pour la compensation : on écarte et la compensation légale et la compensation judiciaire. La compensation devient un acte juridique unilatéral, toujours à la portée de l'une ou de l'autre des deux parties et soumis, pour son efficacité et son irrévocabilité, aux conditions de l'article 130. Cette déclaration de compensation, en tant qu'acte unilatéral, ne peut être que pure et simple. Toute modalité, terme ou condition, la rendrait nulle, comme ce serait le cas d'un payement affecté d'une modalité de ce genre. Il serait inadmissible, comme dit Kohler (*loc. cit.*, p. 22), lorsqu'on a la faculté d'imposer

Art. 389. La compensation produit cet effet que les créances, dans la mesure où elles se couvrent mutuellement, sont consi-

---

à quelqu'un un effet juridique susceptible de modifier un droit lui appartenant, que l'on pût, en soumettant cet effet à une modalité quelconque, obliger le tiers qui le subit à se soumettre aux lenteurs et incertitudes qui peuvent en provenir. Toutefois, on a fait remarquer qu'il n'y aurait plus compensation conditionnelle, au sens de l'article 388, si l'effet en était, même expressément, subordonné à l'existence de la créance contre laquelle la compensation s'opère, puisque déjà, de par la loi, il en est tacitement ainsi. On a vu que c'est ce qui arrive, forcément et légalement, lorsque la compensation est déclarée au cours d'un procès. Ce raisonnement implique, il est vrai, que la loi fasse de l'existence de la créance inverse une condition essentielle de la compensation, ce qui, on l'a vu en note sous l'article 387, pourrait être soumis à controverse. Cependant, même dans l'opinion contraire, il faudrait admettre la même solution et ne pas déclarer nulle la compensation qui serait expressément subordonnée à la condition d'existence de la créance inverse. Même dans cette opinion, en effet, l'existence de la créance inverse, bien qu'elle ne soit plus la condition objective de la validité de la compensation, en reste encore la cause putative et juridique (Kohler, *loc. cit.*, p. 20). Aussi, en exigeant que cette cause ait une réalité objective, la partie qui compense ne fait qu'user d'un droit que la loi lui donne, celui d'éviter de payer à tort et par erreur. Mais, bien entendu, il ne faut pas confondre, avec ces réserves expresses sur l'existence de la dette réciproque, le cas où l'une des deux dettes serait conditionnelle, la déclaration de compensation restant pure et simple. Quant à la créance conditionnelle, du moins s'il s'agit de la dette contre laquelle on compense, on pourrait soulever la même question que celle indiquée sous l'article 387, à propos d'une dette qui n'existerait pas, puisque, *pendente conditione*, cette situation serait également celle d'une dette conditionnelle.

Art. 389. § I. Cette rétroactivité de la déclaration de compensation, déjà admise par le premier Projet (art. 283, cf. *M.*, II. 309), en dépit de la contradiction qu'elle pût présenter avec le fait d'une compensation résultant, non pas de la loi, mais d'un acte volontaire de l'une des parties, a donné lieu à nouveau devant la seconde Commission aux plus vives discussions (*Pr.*, p. 366). Exagérant et généralisant ce qui se passe en matière de compte-courant, on demandait que la compensation aboutît purement et simplement

dérées comme ayant été éteintes au moment où elles se sont trouvées coexister l'une vis-à-vis de l'autre, en tant que propres à la compensation.

à un solde au profit de l'un des deux créanciers, sans rien changer aux effets normaux des deux dettes pour ce qui est du passé. On trouvait injuste, par exemple, si l'une des créances était seule productive d'intérêts, que ces derniers eussent cessé de courir, sans dédommagement au profit du créancier à qui ils étaient dus, du jour où il y aurait eu réciprocité de dettes. La majorité s'en tint à la combinaison, déjà adoptée par le premier Projet, de certains effets de la compensation légale associée à l'idée d'une compensation par acte juridique. Car, si, du jour où il y a réciprocité, il est excessif que les deux dettes s'éteignent contre le gré, ou même à l'insu, des parties, il n'en est pas moins vrai que chacune de celles-ci a de quoi se payer elle-même, qu'elle sait qu'elle peut le faire ou que l'autre peut l'y forcer, de telle sorte, si ce résultat se produit, qu'elle se sera bien réellement payée entre ses mains du jour où elle s'est trouvée garder les deniers dont elle était débitrice; c'est ce que Kohler appelle le «lien de dépendance» (*Vinkulirung*) produit entre les créances par suite de la réciprocité (p. 32). Cela est d'autant plus vrai que chacun, au lieu d'immobiliser les sommes dont il est débiteur, peut s'en servir, avec la certitude, le jour où il serait poursuivi, de pouvoir payer en monnaie de compensation. Cette rétroactivité d'ailleurs résultait déjà implicitement de l'ancien article 46 de la loi des faillites (cf. *Konk. Ordn.*, art. 53); et cette décision, par laquelle la loi, contrairement à la solution qui a prévalu chez nous en dépit de notre compensation légale, permettait d'opposer ainsi la compensation à la masse, et de soustraire le créancier qui pût se payer par voie de compensation à la loi du concours, a servi de point de transition entre la théorie du droit commun allemand sur la compensation judiciaire opérant par voie d'exception et le système du Code civil (art. 388), plus particulièrement inspiré des idées de Brinz sur le rapprochement à établir ici avec le droit de rétention : tout débiteur qui a une créance contre son créancier peut retenir ce qu'il doit pour se payer par voie de préférence, même au risque d'imposer à l'autre un payement partiel (cf. sur tous ces points Sal., nos 62 et 63). Ce système de rétroactivité a continué d'ailleurs à trouver des contradicteurs et des adversaires très convaincus, même depuis le Code civil (cf. Lippmann, *Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungs-Erklärung*, dans *Iher. Iahr.*, ann. 1901, t. 43, p. 435 et suiv., p. 453 et suiv.).

Art. 390. Une créance à l'encontre de laquelle existe une exception ne peut être compensée. La prescription n'exclut pas la

---

§ II. Les effets de cette rétroactivité se produiront quant à la cessation du cours des intérêts, sauf la non-répétition des intérêts qui auraient été payés même par erreur depuis qu'il y a réciprocité (cf. art. 272), quant à la mise à néant de la demeure de l'un des deux débiteurs, à supposer qu'elle existât au jour où se réalise la réciprocité des dettes, et de même pour ce qui est d'une clause pénale qui se fût trouvée encourue à ce jour ou de tout autre effet provenant de l'inexécution de l'une des deux dettes. Mais du moment qu'il s'agit de rétroactivité impliquant comme condition préalable réalisation effective de la compensation et possibilité de la réaliser au jour où déclaration en est faite, il faudra en conclure, alors même qu'il y aurait eu antérieurement réciprocité des deux dettes, si, avant que la compensation soit déclarée, l'une d'elles a cessé d'exister, que la compensation n'est plus possible, et que, par suite, aucune rétroactivité ne saurait se produire. Ce serait le cas d'une dette payée dans l'ignorance de l'existence d'une créance réciproque : le payement reste valable, il ne vise pas une dette déjà éteinte par compensation, puisqu'il n'y a pas compensation de plein droit et que la déclaration de compensation n'a pas eu lieu; la seule réciprocité de fait ne suffit pas à modifier les conditions d'existence des deux dettes. Celle qui est payée ainsi, même par erreur relativement à la possibilité de compensation, est régulièrement payée, sans répétition possible (cf. note sous l'art. 387, et *M.*, II, p. 109). On verra cependant, dans l'article 390, une application de la rétroactivité à une hypothèse et pour une solution qui serait plus en harmonie avec le système français de la compensation légale qu'avec celui du nouveau Code civil sur la compensation par acte juridique. Pour d'autres différences pratiques entre le système de la compensation légale et celui d'une compensation volontaire avec effet rétroactif, il conviendra de se reporter, en dehors de l'article 390, à la note sous l'article 387 (cf. également art. 357 et la note).

Art. 390. § I. Il semble bien acquis, d'après la terminologie du Code civil, que la créance que l'on compense est celle pour laquelle celui qui déclare la compensation joue le rôle de créancier. Celle contre laquelle s'opère la compensation est celle, au contraire, dans laquelle il a le rôle de débiteur. Il résulte du texte que cette dernière créance ne serait pas visée par la disposition de l'article 390. C'est qu'en effet, dit Planck, la créance contre

compensation, lorsque la créance actuellement prescrite ne l'était pas encore au moment où elle aurait pu être compensée contre l'autre créance.

---

laquelle on compense, en dépit de l'exception qui peut lui être opposée, n'en existe pas moins. Le débiteur de cette créance ne peut pas être forcé de payer, mais il peut payer; et, vis-à-vis de son créancier, cela suffit, d'après l'article 387, pour qu'il paye en monnaie de compensation. La ressource de celui qui aurait ainsi perdu sa propre créance contre une dette paralysée par une exception, et qu'il aurait pu se dispenser de payer, serait donc, au cas d'erreur de sa part, le droit d'exiger du créancier, au moins s'il ne s'agit pas d'exception dilatoire (art. 813), la restitution de l'état de choses antérieur (art. 813 et 814). Mais les tiers tenus en raison de la dette n'en seraient pas moins libérés, et il faudrait obtenir leur consentement pour les rattacher à la créance qu'il s'agit de faire revivre. Il y a donc là une différence importante avec la solution que l'on paraît vouloir admettre pour le cas où la dette contre laquelle on compense serait inexistante (note sous art. 387). Aussi s'est-on demandé si l'on pourrait, par une clause expresse, subordonner l'effet de la compensation à la condition que la dette de celui qui compense ne fût soumise à aucune exception. D'après ce qui précède, il ne s'agirait plus cette fois d'une condition légale de la compensation; et par suite cette modalité devrait être assimilée à celles qui, d'après l'article 388, annulent la compensation. Si cependant la compensation était déclarée au cours d'un procès, on paraît disposé à valider la compensation subordonnée à la condition que la dette, objet de l'instance, ne fût soumise à aucune exception. La pratique exige que l'on donne ici la même solution que lorsque la condition porte sur l'existence même de la dette. Il y aurait donc là un nouvel intérêt à faire une place distincte à la compensation opposée en justice, celle que l'on appelle encore, quoique improprement, la «compensation judiciaire» (note sous les articles 387 et 388).

§ II. Quant à la créance compensée, rien de plus légitime que d'exiger qu'elle ne puisse être paralysée par aucune exception, puisque, sans cela, ce serait enlever au débiteur, que l'on a obligé à payer malgré lui, du moment qu'il se trouve avoir payé par l'abandon de ce qui lui était dû, le bénéfice de l'exception à laquelle il a droit; et c'est pourquoi l'article 390 s'appliquerait aussi bien aux exceptions dilatoires qu'aux exceptions péremptoires. Restait la grosse

question de la prescription qui, dans le système de l'article 222, opère par voie d'exception péremptoire (cf. Regelsberger, dans *Iher. Iahr.*, 1900, 330). Si l'on eût appliqué strictement les conséquences logiques du système des articles 387 et 390, voici le raisonnement qui en fût résulté. D'une part, la prescription étant supposée, par hypothèse, n'être pas acquise au jour où s'est produite la réciprocité des deux dettes, comme il n'y a pas compensation légale, la prescription eût continué à courir; elle aurait pu s'achever ainsi avant que la compensation fût déclarée. Au jour de la déclaration de compensation, la dette prescrite se trouvait encore subsister, puisque la prescription ne produit pas extinction de plein droit; et d'autre part, on a vu sur l'article 387 qu'une dette qui subsiste est une dette que l'on peut opposer en compensation. Seulement, cette dette étant soumise à une exception, et s'agisssant de la créance compensée, l'article 390 aurait dû s'appliquer. Le créancier eût perdu le droit de l'invoquer en vue de la compensation. La compensation aurait pu être opérée du chef du débiteur de la dette prescrite, mais non du chef du créancier, s'agissant d'une prescription qui ne fût échue que depuis la date de réciprocité des deux dettes. Sans doute, on aurait pu objecter le principe de rétroactivité de l'article 388; mais avant de faire agir la rétroactivité de la compensation, il faut que celle-ci puisse se réaliser, sous les conditions de la loi, et la première condition est qu'elle opère sur une créance libre de toute exception. Le premier Projet (art. 281 P[1], et *M.*, II, 106) s'était approprié ce raisonnement. Il admettait, sans aucune dérogation ni réserve, même pour le cas de prescription, le principe absolu de l'impossibilité de compensation relativement à une créance soumise à exception.

§ III. On revint sur la question devant la seconde Commission, et on la discuta surtout en se plaçant sur le terrain des nécessités pratiques, sans tenir compte du mécanisme purement artificiel des principes. On avait fait valoir, dans le sens du premier Projet (*Pr.*, p. 362 et suiv.), la présomption qui sert de fondement à la prescription libératoire, et en vertu de laquelle la dette est censée éteinte déjà antérieurement, à une date indéterminée, sans que le débiteur puisse en faire la preuve exacte. En permettant au créancier de se servir d'une créance déjà prescrite, disait-on, on s'exposerait, pour ce qui est du débiteur, à le faire payer deux fois, d'autant que, dans l'usage, une fois la prescription acquise, on ne garde plus les quittances. Et d'ailleurs, pour les courtes prescriptions, on courrait le risque d'en étendre la durée, d'une façon indéterminée, puisque la créance continuerait à subsister au point de vue de la compensation éventuelle qui pût intervenir. On fit remarquer cependant que, pour ces courtes prescriptions, il n'était pas d'usage de

poursuivre, dès que le créancier avait en mains de quoi se payer par voie de compensation. Il fallait donc si, malgré la renonciation de sa part à toute poursuite, il était poursuivi lui-même, qu'il ne fût pas victime de son attitude à l'égard du débiteur et qu'il pût alors se prévaloir de la compensation. Aussi une opinion intermédiaire avait-elle proposé d'admettre une dérogation à la rigueur des principes uniquement pour ces prescriptions spéciales.

§ IV. La majorité fut d'avis, au contraire, de généraliser, d'une façon absolue, la dérogation proposée. Elle se fondait sur les nécessités pratiques qui constituent la seule part de vérité contenue dans le système de la compensation légale. Il est d'usage, en effet, que le créancier qui se trouve devenir débiteur de l'autre partie se considère comme payé, qu'il regarde les deux dettes comme éteintes et que, par suite, il ne poursuive pas. Pourquoi donc, si la loi le menace de la prescription qui eût continué à courir malgré cette réciprocité des dettes, l'obliger à poursuivre et le forcer à prendre les devants? Ne serait-ce pas compromettre tout l'avantage à retirer du système nouveau, d'une compensation à la libre volonté de l'intéressé, si on arrivait en fait à l'imposer presque forcément à l'une des parties, celle qui se trouve menacée de prescription, et obligée de prendre les devants? Toutes deux seront obligées de la subir, c'eût été revenir en fait au système de la compensation légale et de plein droit. D'ailleurs les idées mises en avant comme servant de base à la prescription pouvaient être considérées comme subissant une restriction au cas de compensation; puisque, dès qu'il y a réciprocité, aucune des créances n'étant encore prescrite à ce moment, il devient inadmissible de présumer un payement en nature ou tout autre procédé de libération. Si, par exception, cela avait eu lieu, le débiteur de la créance arrivée à échéance de prescription n'aurait qu'à prendre les devants, alors qu'il a encore sa quittance ou ses preuves en mains. Il poursuivrait ce qui lui est dû; et, si on lui oppose la compensation, il prouverait qu'elle est inadmissible, parce que la créance est non pas seulement prescrite, mais éteinte. Ou encore, s'il ne veut pas prendre l'initiative, il sait qu'il doit rester armé, tant que la compensation peut risquer d'être invoquée. Quoi qu'il en soit, ce que l'on a voulu éviter d'une façon absolue, c'était d'imposer en quelque sorte une déclaration de compensation précipitée par crainte de la prescription (*Pr.*, 364, et note sous art. 396; voir d'ailleurs, sous l'article 357, une décision admise pour des raisons pratiques analogues; cf. Crome, II, § 192, note 35).

§ V. Il va de soi que le principe général de l'article 390 devait rester en vigueur pour le cas où il s'agirait d'une prescription accomplie, mais non encore invoquée, au moment où se place la réciprocité des deux dettes : la

Art. 391. La compensation n'est pas exclue par ce fait que, en ce qui concerne les créances, existeraient des lieux différents,

---

compensation, pour cette hypothèse, reste exclue, au moins de la part de celui qui est créancier de la dette prescrite.

Art. 391. § I. L'article 391 prévient ici une objection qui aurait pu se rattacher à la condition d'identité de dettes (art. 387), et non, comme on l'a dit quelquefois pour le droit français sur l'article 1296 du Code civil français (cf. Demolombe, XXVIII, n° 530), à celle de la liquidité, puisqu'elle n'existe pas dans le Code civil allemand. Des dettes qui doivent s'exécuter en des lieux différents auraient pu sembler n'être plus de même espèce, ou n'être pas identiques au sens de l'article 387. Cette objection eût été encore moins admissible dans un système de compensation par acte juridique que dans celui d'une compensation légale (art. 1296 C. civ. fr.). Toutefois on a voulu que la partie qui prend l'initiative de la déclaration indemnisât l'autre du dommage résultant pour elle des modifications apportées à l'exécution.

§ II. Sous ce rapport, l'article 391 prévoit deux séries distinctes d'hypothèses : celle où l'exécution des deux dettes devrait se faire en des lieux différents, et celle où la diversité doit porter non plus sur l'exécution, mais sur la livraison, ce qui implique que, devant s'exécuter au même lieu, l'une devrait impliquer un transport à effectuer pour la livraison de la chose due, pour l'autre la livraison se faisant sur place. Lorsqu'il y a diversité de lieux d'exécution, il n'est pas sans intérêt d'indiquer quelques-unes des hypothèses dans lesquelles il pût y avoir une cause de dommage pour la partie à qui on impose la compensation, la partie adverse à la compensation. Les deux dettes peuvent être payables, chacune au domicile de celui qui en est le débiteur, à supposer que les deux débiteurs aient un domicile différent, ou payables toutes deux chacune au domicile du créancier. Dans le premier cas, la partie adverse devait recevoir son payement au domicile de celui qui opère la compensation, puisque ce dernier est son débiteur, et elle devait payer à son propre domicile. Le dommage pourra consister pour elle en ce qu'elle aurait eu besoin de fonds au domicile de son débiteur et qu'elle comptait en toucher lors du payement de ce que celui-ci lui devait. Mais on peut supposer la seconde hypothèse, les deux dettes livrables chacune au domicile de leurs créanciers. La partie adverse à la compensation devait recevoir son payement chez elle et livrer le sien chez celui qui com-

soit de prestation, soit de livraison. Toutefois la partie qui opère la compensation doit réparer le dommage que subit l'autre partie

---

pense. Or c'est ce qui va se réaliser par la compensation; les deux parties seront censées avoir gardé en mains, donc avoir reçu chacune à son domicile, les fonds qui devaient lui être livrés. Mais on peut supposer que la partie adverse comptât, pour livrer chez son créancier, sur des fonds qu'elle avait au domicile de ce dernier, sans qu'elle eût à lui expédier la somme due, et sans avoir eu besoin, par conséquent, de l'avoir disponible chez elle. La présomption, d'après laquelle au moment de la compensation elle serait censée avoir chez elle les fonds destinés au créancier, pourra donc se trouver inexacte; car on ne peut plus dire qu'elle ait en mains la somme qui aurait dû lui être livrée à son domicile, alors que, les fonds disponibles qu'elle avait au domicile de l'autre partie restant libres, elle peut être obligée de les faire réexpédier à son propre domicile pour en avoir la disposition. Lorsque, au contraire, il y a unité de lieu d'exécution, on peut imaginer certaines hypothèses à peu près analogues à celles qui viennent d'être décrites. Ce lieu unique peut être le domicile de celui qui compense ou celui de l'autre partie. Dans le premier cas, cela implique que celui qui compense devait payer chez lui, tandis que l'autre devait lui porter ce qu'il lui devait, l'une des dettes était quérable et l'autre portable. La partie adverse pourra subir un préjudice si elle comptait employer au payement des fonds qui lui revenaient au domicile de son créancier, et qu'elle devra faire transporter au sien. Dans le second cas, c'est la partie adverse qui devait recevoir chez elle ce qui lui était dû, alors qu'elle devait attendre qu'on vînt à son domicile prendre livraison de ce qu'elle doit. Peut-être dira-t-on qu'elle devait avoir chez elle les fonds que l'autre partie aurait eu à venir chercher, et qu'étant dispensée de les livrer elle sera dans la même situation que si elle avait reçu à son propre domicile le payement qui devait lui être fait chez elle. Mais ce raisonnement ne tiendrait pas compte des lenteurs d'exécution qui, dans la pratique, suivent toujours l'échéance. La partie qui se trouve surprise par la compensation avait pu compter, pour payer le créancier, sur des fonds dont la rentrée était échue et qui lui font défaut; si, d'autre part, elle ne reçoit pas ceux que le créancier lui devait, elle peut en subir un préjudice. Et ce préjudice provient uniquement de la compensation; car, avec la lenteur d'une poursuite, il eût été possible qu'elle rentrât dans les fonds qu'elle attend et qu'elle pût faire face à toutes ses obligations.

du fait que, par suite de la compensation, elle ne peut obtenir ou effectuer la prestation au lieu fixé.

---

§ III. Reste à indiquer quel serait le montant de l'indemnité. On sait déjà que le dommage pourra provenir, soit de ce que la partie qui le subit ne touche pas ce qui lui était dû là où elle aurait dû le recevoir, soit aussi de ce qu'elle peut se trouver exécuter sa dette ailleurs qu'elle n'aurait dû le faire, si, par exemple, elle a des fonds à toucher au domicile de l'autre partie qu'elle comptait employer à se libérer et qu'elle doive, la compensation étant invoquée, se les faire envoyer à son propre domicile. Dans tous ces cas, on a pu se demander si l'indemnité se limiterait aux frais de transport (cf. art. 1296 C. civ. fr.), ou si elle s'étendrait à tout le dommage possible, comme si, par exemple, la partie adverse à la compensation avait dû toucher sa créance au domicile de celle de qui émane la compensation, en vue d'une dette payable à ce même domicile, et pour laquelle, faute de payement à temps, elle pourrait se trouver encourir une clause pénale : question, du reste, que l'on n'a pas entendu trancher légalement (*Pr.*, 372).

§ IV. Quant à la disposition du second alinéa de l'article 391, il s'agit là d'une présomption, susceptible d'ailleurs de preuve contraire, admise par la seconde Commission, pour le cas où, en même temps qu'un lieu déterminé, on eût stipulé un payement à jour fixe au lieu dit. Une clause de cette nature laisse supposer que le créancier prévoyait un besoin d'argent tout à fait urgent, au moment précis qu'il avait en vue et au lieu fixé. Ces conditions d'engagement devenant prépondérantes, elles individualisent la dette de telle sorte qu'elles s'opposent à toute assimilation avec une autre dette, eût-elle le même objet, mais payable à un autre lieu. Dans ce cas, il est fait échec à la règle principale de l'article 391, en ce sens que l'identité de dette sera censée se référer non seulement à l'objet mais aux conditions d'exécution. Celui qui voudrait opposer la compensation ne serait pas admis à prouver que son créancier, si par exemple la dette était payable au domicile de celui-ci, se trouverait avoir chez lui et en mains les fonds disponibles pour faire face à ses obligations au jour dit. Car il ne s'agit pas d'une question de dommage à établir, mais d'une condition préalable de la compensation, laquelle se trouve exclue. Il n'y a là, toutefois, qu'une intention présumée; et l'on peut toujours faire la preuve d'une portée différente attachée aux stipulations initiales, les conditions d'exécution n'ayant pas eu, dans la pensée des contractants, l'importance qu'à l'apparence on serait tenté de leur donner.

S'il a été convenu que la prestation devrait avoir lieu à une date fixe en un lieu fixé, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que l'on a entendu exclure la compensation d'une créance pour laquelle existerait un lieu différent de prestation.

Art. 392. Par la saisie-arrêt d'une créance n'est exclue la compensation d'une créance appartenant au débiteur contre le créan-

---

Art. 392. § I. La saisie-arrêt, comme on l'a dit (*M.*, II, 111), produit ses effets non seulement à l'encontre du titulaire de la créance, en ce sens qu'elle lui enlève le droit de disposer de la créance, même en recevant son payement, mais aussi à l'encontre de celui qui en est le débiteur en ce qu'elle constitue à son égard une défense de payer au mépris des droits du saisissant. Il en résulte, en matière de compensation, que celui qui est le créancier de la créance saisie ne pourra jamais opposer la compensation au saisissant, même si la créance contre laquelle il voulût compenser la sienne eût existé antérieurement à la saisie : il ne pourrait pas recevoir son payement du débiteur, à plus forte raison ne peut-il pas se payer lui-même avec ce qu'il doit. Il y a là une différence importante avec la solution admise dans le système de la compensation légale. Logiquement, on aurait dû en conclure aussi que celui qui est débiteur de la créance saisie, même s'il eût acquis antérieurement à la saisie une créance contre son créancier, n'aurait pas pu opposer la compensation à ce dernier, puisque c'eût été payer au mépris de la saisie. Mais cette conséquence rigoureuse a été abandonnée, au moins pour un cas, pour le cas où la compensation eût été opposable dès avant la saisie. C'est cette faculté, ou plutôt cette garantie, qui a empêché le débiteur de la créance saisie de poursuivre le payement de sa propre créance. Il ne faut pas, quand on vient saisir sur lui ce qu'il devait à l'autre partie, qu'il soit exposé à perdre, par le fait même, ce que cette dernière lui doit. On l'exposerait à une perte qu'il ne subirait que pour avoir compté sur une garantie qu'il avait en mains. Il faut qu'il puisse encore se payer avec ce qu'il devait au saisi : on lui permettra donc d'éteindre ainsi la créance frappée de saisie. On le traite, sous ce rapport, comme s'il y avait eu compensation légale du jour de la réciprocité de dettes. Mais, si sa créance à lui ne naît que postérieurement à la saisie de la créance dont il est débiteur, les mêmes raisons n'existent plus; on revient à l'application de la règle générale d'après laquelle il ne pourrait payer au

cier que si le débiteur a acquis sa créance après la saisie-arrêt ou que sa créance ne soit devenue exigible qu'après la saisie-arrêt et

---

mépris de la saisie. Le moment décisif, auquel il faudra se reporter pour savoir si sa créance à lui a été acquise à temps ou trop tard pour pouvoir être compensée, sera celui où la saisie se manifeste par voie d'interdiction de payement faite au débiteur. On avait proposé de le reculer jusqu'au moment précis où celui-ci aurait eu connaissance de cette défense qui lui est faite. On invoquait l'analogie avec ce qui se passe en matière de cession de créances; c'est pour les créances acquises seulement après connaissance de la cession que la compensation, en principe, est interdite au débiteur cédé (art. 406). Pourquoi ne pas en décider de même pour le débiteur auquel, par suite de saisie, opposition est faite? On a rejeté l'analogie, parce qu'en matière de saisie il est indispensable que l'interdiction de payer entraîne déjà par elle-même présomption légale de la connaissance de la saisie (*M.*, 112). De même, a-t-on modifié dans ce sens les effets de la cession, en tant qu'elle opérerait par voie de délégation judiciaire (notes sur art. 405 et 407).

§ II. Toutefois, il avait paru (art. 286 P[1]) que ce rejet de la compensation ne devait plus s'appliquer à une créance dont l'exigibilité se serait placée postérieurement à la saisie, pourvu qu'elle existât antérieurement. Mais on a fini par écarter cette solution, au moins sous réserve d'une distinction. La compensation reste interdite pour une créance ayant date antérieure à la saisie, lorsqu'elle ne devient exigible qu'après, mais à une condition qui est que cette exigibilité doive se placer postérieurement à celle de la créance saisie. C'est que, dans ce cas, le débiteur de la créance frappée d'opposition aurait dû payer sa dette avant de pouvoir poursuivre ce qui lui est dû; il sait que sa propre créance, bien qu'existant déjà, n'arrivera à terme qu'après échéance de ce qu'il doit. Si donc il retarde le payement de sa dette, en vue de se payer plus tard par voie de compensation, le procédé dont il se sert pour se ménager une garantie éventuelle n'est pas un procédé régulier et normal, et ce calcul ne doit pas pouvoir nuire au saisissant. Au contraire, lorsque la créance doit arriver à échéance avant la dette saisie, on peut croire que le débiteur n'a accepté de devenir créancier de son créancier qu'en vue de la sécurité que lui offrait sa propre dette, puisqu'il était assuré, à l'échéance de ce qui lui serait dû, de n'avoir pas encore payé sa dette et de pouvoir, par suite, se payer en monnaie de compensation de ce que lui devrait son créancier. Il ne faut pas que cet espoir soit déçu uniquement par ce fait que, entre

à condition, dans ce dernier cas, qu'elle ne le soit devenue que postérieurement à l'exigibilité de la créance frappée de saisie.

Art. 393. Contre une créance née d'un fait illicite commis intentionnellement la compensation n'est pas admise.

Art. 394. Dans la mesure où une créance n'est pas susceptible de saisie, la compensation ne peut avoir lieu contre cette créance.

---

la date d'origine de sa créance et son exigibilité, une saisie-arrêt aurait été pratiquée relativement à la dette qui devait lui servir de garantie (*Pr.*, 374; cf. art. 406 en note).

Art. 393. D'après la terminologie adoptée (note sur art. 390), la créance contre laquelle se fait la compensation étant celle qui existe à l'encontre de celui qui compense, la compensation se trouve interdite, d'après l'article 393, à l'égard d'un créancier qui voudrait compenser sa créance contre une dette à laquelle aurait donné naissance son propre délit. Il va de soi, à l'inverse, que le créancier de cette dernière dette pourrait compenser. Il ne faut pas que celui qui a une créance se trouve encouragé à commettre un délit civil à l'encontre de son débiteur par la pensée qu'il le payerait par l'abandon de sa créance ou, si son délit est antérieur, qu'il puisse s'en servir comme d'une garantie de payement pour les créances qu'il acquerrait contre celui à qui il doit réparation. Mais l'article 393 ne prononce cette interdiction que relativement aux délits intentionnels; car ce qui est illicite c'est de se procurer volontairement par ses délits une garantie de payement. Il n'y a plus rien d'illicite à se prévaloir d'une garantie de ce genre lorsqu'elle vient d'un simple fait de négligence.

Art. 394. La compensation qui est une saisie sur soi-même ne peut avoir lieu là où la créance contre laquelle on l'opère n'est pas saisissable. Et il n'y a pas seulement de créances insaisissables, au point de vue de l'article 394, que celles déclarées telles par le Code de procédure (art. 850), mais bien toutes celles qui seraient frappées d'insaisissabilité par une loi quelconque. L'interdiction de l'article 394 s'applique donc aux différentes créances en indemnité établies par les lois d'assurances contre les accidents, maladies et autres incapacités de travail. (Voir l'énumération dans Planck, p. 177. Et, en ce qui concerne les créances de salaires résultant d'un contrat de travail, voir

Toutefois, contre les sommes à percevoir de la part des caisses en vue de la maladie, des caisses de secours ou des caisses mortuaires, et en particulier des caisses d'ouvriers et de celles des associations ouvrières, peuvent être compensées les cotisations actuellement dues.

Art. 395. Contre une créance de l'Empire ou de l'un des États confédérés, et de même contre une créance d'une commune ou de toute autre association communale, la compensation n'est admissible que si la prestation devait se faire à la même caisse que celle qui aurait eu à payer la créance de celui qui compense.

Art. 396. Si l'une ou l'autre des deux parties a plusieurs créances

---

art. 850- 1° C. Pr. all., cf. art. 114 *Gew. Ordn.*, et Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, I, p. 491 et suiv.; p. 411 et suiv.) La seconde disposition de l'article 394, laquelle apporte à ce principe d'interdiction une atténuation importante, a été admise pour faciliter les opérations des différentes institutions visées par le texte.

Art. 395. En principe, la diversité des caisses de versement n'aurait pas dû faire obstacle à la compensation lorsque les créances réciproques se rapportent à une même personne juridique du droit public : il aurait pu y avoir diversité de lieux au sens de l'article 391, mais non diversité de personnes. Il était de règle cependant, au point de vue de la comptabilité publique, que chaque caisse d'une même personne morale du droit public fût considérée elle-même, au point de vue de la compensation, comme formant une personne distincte, de telle sorte que si l'une des créances dût être payée à une caisse et que l'autre fût payable par une caisse différente, les deux dettes réciproques ne fussent plus censées exister entre les deux mêmes personnes, créancières et débitrices. C'était déjà la règle admise par le premier Projet (art. 289), et le second n'a ajouté au texte que l'assimilation, déjà faite d'ailleurs par les Motifs (II, p. 114), entre les communes et les autres associations communales (*Pr.*, p. 375).

Art. 396. § I. Le système d'une compensation par acte juridique devait

toutes également propres à la compensation, la partie qui compense peut désigner les créances entre lesquelles devra s'opérer récipro-

---

conduire, au cas de pluralité de dettes et créances réciproques, à laisser à celui qui compense le droit de choisir entre les dettes et créances devant faire l'objet de la compensation. L'état de réciprocité fait sans doute que les créances se tiennent en échec, comme devant se servir mutuellement de garantie; il ne modifie en rien leur situation respective. Elles continuent à exister, chacune prise isolément, comme si l'autre n'existait pas. Le fait qu'un créancier, qui est lui-même débiteur de son débiteur, se trouve contracter une nouvelle dette envers ce dernier, ne donne aucun droit au débiteur de considérer la compensation comme devant s'opérer en échange de la première des deux créances qui lui appartiennent, plutôt qu'à l'encontre de la seconde. Il n'en serait autrement que dans un système de compensation légale. Le créancier qui compense devrait donc toujours, dans le système allemand, pouvoir désigner librement la dette qu'il entend payer de cette façon.

§ II. Toutefois ce choix du créancier a subi, au cours des variantes des différents Projets, une restriction importante. Celui à qui la compensation est déclarée peut faire opposition à l'imputation faite par le créancier qui compense; et dans ce cas, si l'opposition est faite sans retard (art. 121), on revient aux règles d'imputation de l'article 366 al. 2. Cette atténuation a été le résultat de l'innovation admise par l'article 390 en matière de prescription. D'après le premier Projet, il était interdit de se servir d'une créance prescrite pour l'opposer en compensation, même si la prescription ne se fût accomplie que depuis la réciprocité des dettes. A plus forte raison, le débiteur de cette créance prescrite ne pouvait-il être obligé de faire porter sur elle la compensation dont il aurait pris l'initiative. Il fallait, pour cela, lui laisser le libre choix de l'imputation. Que l'on suppose un créancier, débiteur de son débiteur, mais dont la dette s'est trouvée prescrite depuis cette réciprocité des créances respectives, et qui, envers ce même débiteur, a contracté une nouvelle dette bien postérieurement à l'autre, nouvelle dette qui, elle, n'est pas prescrite. Ce créancier prend l'initiative de la compensation par rapport à la créance qui lui appartient; il va donc se servir de sa créance pour payer l'une des deux dettes qu'il a vis-à-vis de son propre débiteur. Or il pourra désigner, comme éteinte par la compensation, la dette la plus récente, au lieu de celle à l'exécution de

quement la compensation. Si la compensation est déclarée sans que cette désignation ait été faite, ou que l'autre partie y fasse opposition

---

laquelle la prescription lui fournit une exception péremptoire. Il en résultera que, en fait, il se trouvera n'avoir plus rien à payer. Celui à qui la compensation est déclarée n'a pas à se plaindre; la créance qu'il a laissé prescrire ne comptait plus pour la compensation. Elle ne pouvait compter que si celui qui en était le débiteur renonçait volontairement à l'exception née de la prescription. L'imputation faite par lui montre qu'il n'a pas entendu y renoncer : c'était son droit. Cette liberté d'imputation concordait donc fort bien avec le système du premier Projet en matière de prescription et de compensation. Mais le point de départ du premier Projet, en ce qui touche la prescription, n'a plus été admis par l'article 390. Le créancier d'une créance prescrite, pourvu que la prescription ne se soit accomplie que depuis la réciprocité des dettes, peut encore l'opposer en compensation. A l'inverse, si c'est le débiteur de cette dette qui compense, et qu'il ait envers son propre débiteur une autre dette plus récente et non prescrite, sera-t-il donc encore admis à faire porter la compensation sur la dette non prescrite, de façon à pouvoir se prévaloir plus tard de son exception vis-à-vis de la dette la plus ancienne? Le créancier de la dette ainsi prescrite aurait pu cependant, s'il avait pris les devants, se faire payer en monnaie de compensation la dette qu'il a laissé prescrire; pourquoi permettre à l'autre partie, si elle se trouve débitrice d'une seconde dette plus récente, de profiter des atermoiements du créancier, qui a accepté de ne pas la poursuivre avant échéance de la prescription, pour imposer à celui-ci la déchéance de ses droits? N'est-ce pas en contradiction avec l'idée même qui a inspiré la réforme de l'article 390? Celle-ci consiste en ce qu'on a voulu engager le créancier qui a la garantie d'une dette réciproque à s'en contenter et, par suite, à ne pas poursuivre ce qui lui est dû, même si la créance est à la veille de se prescrire; il faut, pour cela, qu'il puisse toujours l'opposer en compensation, comme il le pourrait s'il y avait eu compensation légale. Or, s'il y avait eu compensation légale, la créance que son débiteur a contre lui se serait forcément compensée avec la dette à l'égard de laquelle la prescription s'est accomplie postérieurement; il faut donc que, si ce débiteur prend lui-même l'initiative de la compensation, l'imputation se fasse par rapport à la dette actuellement prescrite, donc à la dette la plus ancienne.

§ III. Pour donner satisfaction à ces idées, on avait proposé, non pas préci-

sans retard, la disposition de l'article 366 al. 2 reçoit application correspondante.

Si la partie qui compense doit à l'autre partie, en dehors de la prestation principale, des frais et intérêts, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions de l'article 367.

---

sément de permettre à la partie adverse à la compensation, lorsqu'elle est tenue de deux dettes dont l'une soit prescrite, d'obliger l'autre partie, en tant qu'elle prend l'initiative de la compensation, à faire son imputation conformément au droit commun de l'article 366, mais de mettre à sa disposition un système d'imputation un peu différent. On avait fait remarquer, en effet, que l'imputation légale est loin de donner la priorité à la dette la plus ancienne, de telle sorte qu'elle risquait fort d'aboutir aux mêmes résultats que ceux de l'imputation volontaire faite par le débiteur qui compense. Aussi proposait-on un système d'imputation d'après lequel celui qui compense eût été obligé de commencer toujours par la dette la plus ancienne : système fondé sur l'ancienneté des dettes (*Pr.*, 368). Mais on s'aperçût ensuite que ce système lui-même pouvait n'être pas toujours le plus favorable à celui qui était créancier des dettes soumises à imputation. Il pouvait arriver que la moins ancienne, si elle était soumise à l'une des courtes prescriptions, fût déjà prescrite, alors que l'autre ne le serait pas. En pareil cas, l'imputation que l'on proposait eût conduit à l'extinction par compensation de la dette non prescrite; et, pour ce qui est de l'autre, elle serait restée sans effet, au moins au profit du créancier, grâce à la prescription. Aussi, après des tâtonnements divers (*Pr.*, 370), on finit, lors de la seconde lecture du second Projet (art. 390 P², cf. *Pr.*, VI, 166-167), par s'en remettre purement et simplement à l'imputation légale de l'article 366. Cette disposition fut acceptée par le Bundesrath, avec cette différence que le droit d'opposition accordé à la partie adverse à la compensation lui est donné d'une façon générale, quel que soit le mode d'imputation proposé par celui qui opère la compensation, et non plus dans le cas seulement où ce dernier aurait donné la préférence à une dette plus récente par rapport à une plus ancienne. C'est donc à la partie à qui l'on déclare la compensation à apprécier, dans tous les cas, le mode d'imputation qui lui sera le plus avantageux, celui qu'on lui impose ou celui établi par la loi. Mais il va de soi que l'hypothèse pratique pour laquelle ce droit d'opposition a surtout été admis reste le cas où l'imputation proposée, et faite par le

TITRE QUATRIÈME.

DE LA REMISE DE DETTE.

Art. 397. Le rapport d'obligation s'éteint lorsque le créancier, par contrat, remet la dette au débiteur (1).

---

débiteur des deux dettes, donnerait la préférence à la dette la plus récente par rapport à une plus ancienne déjà prescrite (art. 390 P[1]).

§ IV. Seulement, rien ne prouve que le système d'imputation légale aboutisse toujours à donner satisfaction à celui qui usera du droit d'opposition, c'est-à-dire à faire porter l'imputation sur la dette déjà prescrite. Car l'article 366, avant de donner la préférence à l'ancienneté des dettes, fait passer avant tout celle de plusieurs dettes qui offre le moins de garantie. Il faudrait donc accepter que, pour le créancier, une dette paralysée par l'exception tirée de la prescription sera toujours celle qui lui offrira le moins de garantie. Planck (I, 178) s'est posé la question, et il paraît croire cette interprétation un peu hardie, surtout pour le cas où la dette prescrite aurait dû être accompagnée de sûretés réelles ou personnelles, tandis que l'autre, la plus récente, n'aurait aucune garantie de cette nature. Mais cette prétendue hardiesse d'interprétation est tellement dans l'esprit du système qui a prévalu et qui a dicté cette disposition de l'article 366 qu'elle s'imposera forcément, si l'on veut atteindre le but fixé par la loi (cf. Scholl., 351).

Art. 397. (1) L'article 397 indique formellement que la remise de dette ne peut être que contractuelle. De même résulte-t-il implicitement des termes du texte, d'après lesquels il y a extinction de la dette dès qu'il y a accord de volontés sur ce point, qu'il s'agit là d'un de ces contrats abstraits, produisant leur effet indépendamment de la cause juridique sur le fondement de laquelle ils interviennent, comme c'est le cas également de la promesse abstraite (art. 780). Et, d'ailleurs, la remise de dette ayant pour effet l'extinction d'un droit au profit d'un tiers, elle se trouve rentrer dans la nouvelle formule élargie de l'article 812 sur l'enrichissement sans cause. Si donc elle avait eu lieu, non pas en vue de réaliser une libéralité, mais en vue d'un équivalent considéré comme reçu ou qui fût à recevoir, et que celui-ci se trouvât faire défaut, il y aurait lieu à restitution de l'état de choses antérieur,

Il en est de même lorsque le créancier, par contrat passé avec le débiteur, reconnaît que le rapport d'obligation n'existe pas (2).

---

et l'ancien débiteur aurait à faire revivre la dette avec ses garanties. Mais cet effet ne se produirait pas de plein droit; car la remise de dette n'est pas non avenue faute de cause. Elle subsiste: de là l'importance du système à l'égard des tiers.

(2) § I. L'article 397 met sur la même ligne que la remise de dette le contrat de reconnaissance d'inexistence de la dette, ce que l'on appelle quelquefois la reconnaissance négative de dette, par opposition à la reconnaissance positive de l'article 781. C'est ce contrat de reconnaissance négative que l'on avait voulu présumer dans le seul fait de la remise d'une quittance, amendement d'ailleurs qui fut rejeté (note sur art. 368). Mais, là où ce contrat résulte des termes exprès de la convention des parties, il s'agit d'en indiquer les conditions et les effets.

§ II. Quant aux conditions, on n'exige aucune solennité de forme, contrairement à ce qui fut accepté pour la reconnaissance de dette (art. 781). L'admissibilité de ce contrat devait cependant être formellement reconnue par la loi; car on avait renoncé à sanctionner sous une forme générale le contrat de reconnaissance, en tant que s'appliquant à tous les rapports de droit, tant réels que personnels, pour en fonder soit l'existence, soit l'inexistence (cf *Pr.*, II, p. 489-499). Il fallait donc en spécifier l'admission pour chaque cas particulier; ce qui ne pouvait faire doute, au point de vue des usages et des nécessités pratiques, en ce qui concerne la création ou l'extinction des droits personnels (art. 780 et 397; *Pr.*, II, p. 511).

§ III. L'effet direct de la reconnaissance négative est de faire considérer la dette comme inexistante, exactement comme elle le serait, si elle eût été éteinte par une remise conventionnelle. Il y aura donc extinction de plein droit, à supposer que la dette ne fût pas éteinte antérieurement; et, si elle l'était déjà, mais par l'effet d'un mode d'extinction de nature à laisser prise à certaines difficultés, la dette sera considérée, comme éteinte à l'avenir en vertu d'une remise proprement dite; le débiteur sera désormais à l'abri de tout recours et de toute contestation. Seulement, le point délicat était de préciser dans quels cas et sous quelles conditions la répétition pourrait être accordée en vertu de l'article 812. Il n'est pas douteux que, si la cause en vue de laquelle la reconnaissance avait été accordée fait défaut, l'effet produit par cette dernière constituera un enrichissement sans cause (art. 812). Mais

ce que l'article 812 ne dit pas, ce sont les cas ou les conditions qui devront faire considérer la cause comme faisant défaut. Et la difficulté provient de la triple fonction possible du contrat de reconnaissance.

§ IV. Il peut avoir pour but la confirmation ou la consolidation d'un état de droit préexistant; ce serait le cas d'une quittance impliquant reconnaissance de payement, et promesse par conséquent de ne plus contester l'extinction de la dette. Il peut avoir en vue, en second lieu, de fonder l'état de droit qu'il constate, comme si, la dette ayant existé et subsistant encore, c'est par une reconnaissance d'inexistence que l'on veuille l'éteindre. Ce serait une véritable remise de dette, sous des termes un peu dissimulés. Enfin, on peut avoir voulu l'un ou l'autre de ces deux résultats, à titre éventuel, c'est-à-dire l'un à défaut de l'autre, comme par une sorte de transaction. On croit la dette éteinte, et on en confirme ainsi l'inexistence, mais dans l'intention que, si elle ne l'était pas, elle le fût désormais. On comprend que la cause soit très différente dans les trois cas et que par suite l'admissibilité du défaut de cause fût soumise à des conditions de nature à varier suivant les hypothèses.

§ V. On avait proposé d'admettre une sorte de présomption légale, d'après laquelle le contrat de reconnaissance eût été considéré, sauf preuve contraire, comme ayant en vue la consolidation d'un état de droit antérieur. Reconnaître qu'une dette n'existe pas c'est avouer qu'à ce moment même elle est déjà éteinte. Si donc l'auteur de la reconnaissance peut établir qu'il s'est trompé et qu'il avait souscrit cette reconnaissance, croyant à tort la dette inexistante, il aurait l'action en restitution de l'état de choses antérieur en vertu de l'article 812. Mais cette présomption fut rejetée. On a songé surtout à l'hypothèse où ces contrats et billets de reconnaissance auraient été signés par avance, en vue par exemple d'un payement à recevoir. Dans ce cas, l'idée d'une confirmation d'un état de droit préexistant se trouverait être contraire à la réalité. Pour combattre l'effet de la reconnaissance, il faudrait établir, en pareil cas, non pas que cet état de droit n'existait pas au moment où elle a été souscrite, mais qu'il n'a pas existé au moment où il aurait dû se produire. La présomption légale que l'on proposait aurait donc pu conduire à d'assez grosses difficultés (*Pr.*, II, 696-699). Aussi résolut-on de n'admettre sur ce point aucune décision légale, et de laisser à la doctrine, comme antérieurement, le soin de résoudre la question. L'auteur de la reconnaissance aurait donc à prouver le caractère du contrat qu'il a entendu conclure. Il faudrait, semble-t-il, pour pouvoir agir en répétition, qu'il prouvât tout d'abord avoir voulu faire une simple confirmation d'inexistence de la dette, et il faudrait

ensuite qu'il établit que, contrairement à ce qu'il avait cru, la dette n'existait pas lors de la reconnaissance. Planck incline cependant à la dispense de la première preuve, ce qui au contraire est fort contesté par d'autres auteurs (cf Pl., p. 180-181; Scholl., 336). Quoi qu'il en soit, ce qu'il faut bien établir, c'est que c'est la présomption même, d'après laquelle, au cas de doute, il y ait à interpréter le contrat de reconnaissance que l'on a entendu laisser à l'évolution doctrinale. On a reconnu qu'il fallait une présomption, bien loin d'établir qu'il ne devait y en avoir aucune. Seulement, cette présomption, la loi n'a pas voulu la fixer elle-même; elle en a laissé le soin à la doctrine. Celle-ci pourrait donc encore faire prévaloir le système qui avait été proposé lors des travaux préparatoires et qui a fini par être écarté. Ce point est important. Car on aurait pu croire que la loi eût voulu écarter toute présomption, laissant à chacun des intéressés la charge de faire sa preuve. Ce n'est pas le système que l'on a entendu admettre. On a reconnu qu'il fallait établir une présomption. Mais la loi s'est refusée à la formuler elle-même, laissant ce soin à la doctrine et à ses variations successives. (Voir à ce sujet la préface de M. Saleilles à la thèse de M. Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande*, Paris, Rousseau, 1903, *Préface*, p. xvi et suiv.).

SECTION QUATRIÈME.

DU TRANSFERT DE CRÉANCE.

Art. 398. Une créance peut être transférée par le créancier à une autre personne par contrat passé avec celle-ci (cession). Par la

---

Art. 398. § I. Le contrat n'est pas le seul mode juridique par lequel une créance puisse être transportée; ce transfert peut se réaliser également par l'effet de la loi ou par ordre de justice. Mais le procédé normal est le contrat et c'est à ce procédé que le Code civil, au point de vue de la technique des termes, réserve le nom de «cession» (cf. art. 412). Ce contrat est, comme tous les contrats de transfert du droit allemand, un contrat abstrait, qui, sans doute, la plupart du temps, se confondra avec le contrat obligatoire qui lui sert de cause juridique, vente ou donation par exemple, mais qui juridiquement doit s'en distinguer, puisque l'effet d'aliénation réelle qui en résulte est indépendant de la validité de l'acte juridique qui lui sert de cause, et que, si celui-ci se trouve faire défaut, le résultat produit par la cession ne peut être anéanti que par une action personnelle en restitution à l'encontre du cessionnaire, laquelle est sans effet à l'égard des tiers.

§ II. La seule question vraiment délicate, sur laquelle on revint devant la seconde Commission fut celle de savoir si la cession produirait ses effets *erga omnes* par le seul fait du contrat, ou si, comme en droit français, on en subordonnerait l'efficacité à l'égard des tiers à une signification, ou dénonciation, faite au débiteur; et l'on compta jusqu'à six amendements proposés sur ce point (*Pr.*, p. 377 et suiv.). Ceux-ci peuvent d'ailleurs se diviser en trois groupes, se référant aux trois systèmes suivants : le système français, qui exige la signification pour que la cession puisse produire ses effets tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du débiteur; un système intermédiaire qui ne l'eût exigée que par rapport au débiteur; et enfin le système du Projet qui admettait que la cession, en principe, est parfaite *erga omnes*, et produit tous ses effets, par le seul fait du contrat, sauf à atténuer ce principe, non pas, il est vrai, à l'égard des tiers, mais en ce qui concerne le débiteur, par toute une série de dérogations admises sur le fondement de la bonne foi de ce dernier, et dans l'ignorance où il pourrait se trouver de la cession déjà réalisée.

conclusion du contrat, le nouveau créancier entre au lieu et place du précédent créancier.

Dans cette dernière conception, la signification n'a plus pour effet de constituer, en vertu d'une sorte de présomption de la loi, la seule preuve légale de la connaissance acquise par les parties intéressées de l'existence de la cession, mais uniquement d'en fournir la preuve au débiteur et d'autoriser celui-ci à payer au nouveau créancier, tout en le constituant de mauvaise foi pour le cas où il payerait au cédant (cf art. 406-410). Le système français se recommandait par la simplification admise en matière de preuve, puisque en l'absence de signification, l'ignorance, soit du débiteur, soit des tiers, en ce qui touche la cession, est présumée par voie de présomption légale, sans qu'il y ait à procéder à aucune preuve subjective. A l'égard des tiers il réalisait également un système tel quel de publicité, puisque les tiers en voie de traiter avec le cédant n'ont qu'à s'adresser au débiteur pour savoir s'il n'y a pas eu cession antérieure. Et c'est cependant la défectuosité de ce système de publicité qui fit rejeter cette réglementation traditionnelle, en ce que, n'aboutissant qu'à une protection tout à fait insuffisante à l'égard des cessionnaires ultérieurs, elle pouvait constituer un danger et une injustice à l'égard du cessionnaire premier en titre (cf. Sal., n° 100, p. 89-90). Très souvent, aussi, la signification est omise sans qu'il y ait aucune intention de fraude et de dissimulation. On fit remarquer surtout que dans les régions non soumises au système français on eût difficilement obtenu un changement d'usage sur ce point, puisque même certaines de celles où s'applique le régime du Code civil français, comme l'Alsace-Lorraine par exemple, demandaient la suppression de cette formalité (*Pr.*, p. 382; cf. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n° 1672-1675). Au moins voulait-on la conserver par rapport au débiteur; et c'était le système mixte qui avait été proposé. Il semblait qu'il dût s'imposer, afin de supprimer les inconvénients d'une preuve purement subjective, et comme corollaire forcé de tout procédé de cession se réalisant par voie de contrat entre cédant et cessionnaire, sans autre intervention et le plus souvent à l'insu du débiteur. Mais on fit observer que, même dans le système français, toutes recherches subjectives n'étaient pas évitées, puisqu'on avait fini par déclarer non avenu à l'encontre du cessionnaire le payement, ou d'une façon générale les actes de disposition faits par le débiteur en collusion avec le cédant, ou tout au moins entachés de mauvaise foi ou même d'imprudence grave (Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, note 12; cf. également

Art. 399. Une créance ne peut être cédée si le fait d'en fournir la prestation à un autre que le créancier initial ne peut avoir lieu

---

§ 321, notes 21 et 22). Enfin, en ce qui concerne la protection due au débiteur, on considéra qu'elle lui serait suffisamment procurée au moyen des atténuations résultant des articles 407 et suivants. De là, le maintien du système du premier Projet, sauf exception dans les hypothèses de l'article 411.

Art. 399. § I. L'article 295 P[1] indiquait dans quel cas le changement de créancier pourrait être considéré comme une modification du contenu de l'obligation; le nouvel article 399 a pensé qu'il suffisait de s'en tenir à la formule générale que la cession était impossible lorsque cette mutation de personnes devrait produire une altération de l'obligation primitive; mais cette formule elle-même aurait besoin d'explication, puisque en soi, comme le fait remarquer Planck sur l'article 399 (p. 183-184), tout changement de créancier modifie le contenu de la créance primitive. Mais, par le fait seul que, contrairement au droit romain, on admet le principe de la cession, c'est donc que, dans le droit moderne, ce changement de personnes au point de vue actif est indifférent en ce qui concerne le contenu de l'obligation, de sorte que, pour comprendre ce qu'a voulu dire l'article 399, il faut donner à cette formule un sens spécial et l'entendre de l'hypothèse où la personne du créancier, contrairement à ce qui se passe d'ordinaire, aurait été prise en considération par les parties, de façon en effet à entrer, par une transformation au point de vue subjectif et en vertu de l'intention même des contractants, dans le contenu objectif de l'obligation.

§ II. Quant à la question de savoir si la créance pouvait être rendue incessible par convention des parties, elle avait été résolue négativement par le premier Projet (art. 295 al. 2). On craignait, sans doute, que la clause pût devenir de style, de façon à rendre vaine l'admissibilité de la cession de créance, quoique, en soi, la chose fût bien peu vraisemblable, puisqu'on ne voit guère l'intérêt du débiteur, tout au moins, en général, à s'opposer à la cession, et encore moins l'influence qu'il pourrait avoir pour imposer cette clause au créancier, celui-ci étant le plus souvent le maître du contrat. Il faudrait donc que ce fût ce dernier qui l'exigeât en vue de rendre sa créance insaisissable; mais ce serait alors identifier incessibilité et insaisissabilité, et il semble bien que le premier Projet eût commis cette confusion (*M.*, II, p. 123). Aussi, les Motifs rappellent-ils que le principe d'autonomie de la volonté et de liberté sou-

sans modification de son contenu, ou si la cession, par convention passée avec le débiteur, en a été exclue.

Art. 400. Une créance ne peut être cédée, dans la mesure où elle n'est pas susceptible de saisie.

---

veraine des parties n'existe en réalité que relativement aux conventions créatrices d'obligations, sans qu'on doive l'étendre à celles qui ont pour objet de disposer d'un droit faisant partie du patrimoine. C'était, il est vrai, assimiler le transfert des droits personnels aux actes de création ou de transmission des droits réels ; et d'autre part, pour répondre à la crainte exprimée par les Motifs, de voir les parties créer à leur gré des créances insaisissables, il n'y avait qu'à déclarer que, si l'insaisissabilité impliquait incessibilité (art. 400), la réciproque ne serait plus forcément vraie. De sorte que, ces objections écartées, restait le principe, admis au moins implicitement par le premier Projet lui-même (art. 295 P[1]), qu'il dépendait des parties de donner à la personne du créancier un caractère qui en fît un élément essentiel du contenu de l'obligation : s'il en est ainsi, c'est ce qu'elles font en déclarant la créance incessible ; et le Protocole de la seconde Commission cite l'exemple de nombreuses créances qui ne tiennent ce caractère que de la convention implicite des parties, par exemple les cartes d'abonnement et coupons de retour en matière de chemins de fer : de là, la modification apportée à l'article 295 al. 2 P[1] et la solution inverse de l'article 399 (*Pr.*, p. 384 ; cf. Stamm., p. 190-191, et la note sur l'article 405. Cf. Sal., *Décl.*, sur art. 135).

Art. 400. Les raisons qui ont fait ici écarter la possibilité d'une cession sont les mêmes qui, pour les créances insaisissables, ont fait écarter la compensation (art. 394 et la note). Il faut signaler toutefois une exception à la règle ainsi formulée, exception qui formait l'article 1299 du premier Projet et qui a été renvoyée au Code de procédure (art. 861) : on verra là que les fruits compris dans la jouissance qui appartient au mari sur la dot peuvent, dans une certaine mesure, être soustraits à la saisie, ce qui s'appliquerait même aux fruits civils, par exemple à une créance de loyers, alors que cette dernière ne serait pas par cela même devenue incessible. En se reportant à l'article 850 C. Proc. all., on verra, d'ailleurs, quelles sont les créances déclarées insaisissables. Seulement l'article 296 al. 2 P[1] portait à l'inverse qu'une créance qui serait incessible échapperait à la saisie, ce qui devenait inadmissible, au

Art. 401. Avec la créance cédée passent au nouveau créancier les hypothèques ou droits de gage qui la garantissent, de même

---

moins sous cette forme générale, depuis la suppression du second alinéa de l'article 295 P[1] (voir la note sous l'article 399). Aussi a-t-on renvoyé la disposition relative à cette matière à l'article 851 du Code de procédure; et la formule adoptée dans le nouvel article 851 al. 2 est que, si une créance est incessible d'après l'article 399, elle peut cependant être saisie en tant que l'objet de la prestation en lui-même est susceptible de saisie; ce qui revient à maintenir le rapport entre incessibilité et insaisissabilité au cas d'incessibilité objective, existant par elle-même et en vertu de la nature juridique de l'objet, et à l'écarter si cette incessibilité ne dérive que de la convention des parties (art. 399 *in fine*, et *Pr.*, p. 385).

Art. 401. L'article 297 al. 2 P[1] formulait le même principe sous des termes beaucoup plus larges, puisqu'il parlait de la transmission de tous les droits accessoires accompagnant la créance. La seconde Commission craignit que cette formule ne prêtât à quelque équivoque, par exemple au sujet du droit de rétention du Code de commerce (art. 369 C. C[e]). Aussi a-t-on cru devoir énumérer les principaux droits accessoires auxquels devrait s'appliquer ce principe de transmission, mais à la condition, ceci ayant été formellement déclaré (*Pr.*, p. 386), que ce ne fût pas là une énumération limitative. Il y aura donc lieu d'en étendre le principe par voie d'analogie à d'autres droits de même caractère, par exemple ceux qui peuvent dériver de la prénotation de l'article 883; et même, pour ce qui est du droit de rétention, celui de l'article 273 par exemple, on ne peut pas dire d'une façon absolue qu'il ne passera jamais au cessionnaire. Il pourrait en effet être invoqué par ce dernier, si en même temps que la créance se transmettait la dette du cédant : le transport de dette lui permettrait, la créance réciproque lui étant cédée, d'invoquer cette dernière pour se dispenser de payer sur la poursuite du créancier, au moins tant qu'il n'y aurait pas exécution concomitante. Mais il importe de remarquer que le principe de transmission accessoire de l'article 401 n'est qu'une règle interprétative, susceptible de céder devant une convention contraire, sauf cependant pour les hypothèques, puisque, d'après l'article 1153 al. 2, la créance ne peut être cédée sans l'hypothèque qui peut la garantir, avec exception toutefois en ce qui concerne l'hypothèque de sûreté de l'article 1190. Et quant au droit de gage, si on l'exclut de la cession, ce qui est possible, il s'éteint (art. 1250

que les droits résultant d'une caution qui aurait été constituée pour la créance.

S'il existe un droit de préférence attaché à la créance pour le cas d'exécution forcée ou de faillite, le nouveau créancier peut également s'en prévaloir.

Art. 402. Le précédent créancier est obligé de fournir au nouveau créancier les indications nécessaires en vue de faire valoir la

---

al. 2, cf. Pl., p. 185). Restait enfin à parler, puisque l'on procédait par énumération, et d'ailleurs l'article 297 al. 1 en parlait déjà, des privilèges s'exerçant par voie de préférence au cas de concours entre créanciers; et, bien entendu, il fallait assimiler sur ce point le cas d'exécution forcée à la faillite. Seulement l'article 297, tranchant à ce sujet une controverse déjà ancienne, admettait cette transmission accessoire même pour le cas où lors de la cession de la créance la faillite n'aurait pas été ouverte. Cette formule a été supprimée par la seconde Commission, pour ne pas laisser croire que les droits de préférence admis par les articles 53-55 de la Loi des faillites (*Konk. Ordn.*, §§ 54-55; voir sur ce point le Commentaire de Völderndorff, dans *Die Gesetzgebung des deutschen Reichs*, 1877, p. 534) dussent être considérés comme existant déjà antérieurement à la faillite, alors qu'il s'agit de causes de préférence destinées à régler les rapports des créanciers entre eux lorsqu'ils viennent en concours, ce qui implique que ce dernier soit ouvert (*Pr.*, p. 386). Mais cela ne veut pas dire que l'on eût entendu écarter la solution donnée par l'article 297 P[1], pour le cas où la cession serait intervenue avant la déclaration de faillite.

Art. 402. Il faut remarquer que l'article 402 parle de l'ancien créancier, et non du cédant, pour bien montrer que la disposition dont il est ici question s'applique tout aussi bien à la cession légale (art. 412); elle est donc la conséquence du fait de transmission de la créance et non de l'acte juridique en vertu duquel elle s'opère. C'est pour cette raison que la seconde Commission, qui avait renvoyé au titre de la vente (art. 437 et suiv.) les articles du premier Projet (art. 298-300 P[1]) relatifs à la garantie en matière de cession de créance, en tant qu'il s'agit là d'obligations résultant de la vente qui sert de cause à la cession, et non de la cession elle-même (*Pr.*, p. 386), a conservé à son ancienne place la disposition relative aux informations et titres de preuve à fournir au nouveau créancier.

créance, et de lui livrer les titres destinés à faire preuve de la créance, dans la mesure où ils se trouvent en sa possession.

Art. 403. Le précédent créancier doit dresser au profit du nouveau créancier, sur sa demande, un titre constatant la cession et certifié par voie de légalisation publique. C'est au nouveau créancier à en supporter les frais et à faire l'avance de ces derniers.

Art. 404. Le débiteur peut opposer au nouveau créancier les

Art. 403. Même observation que celle relative à l'article 402 (cf. art. 412; Art. 301 P[1] et art. 346 P[2]); et voir les notes sur art. 409.

Art. 404. Le second Projet a admis sur cette question un procédé de rédaction qui est juste l'inverse de celui de l'article 302 P[1], puisque ce dernier se contentait d'exclure les exceptions purement personnelles au cédant, ce qui impliquait que les autres pouvaient être invoquées par le cessionnaire, tandis que le nouvel article 404 a tenu à poser ce dernier principe, sans reproduire la dérogation apportée par l'article 302 P[1]. Le procédé du premier Projet (cf. *M.*, II, 128-129) s'expliquait par la difficulté que l'on avait vue à trouver une formule satisfaisante, celle qui est généralement adoptée, et où il est parlé des exceptions existant lors de la cession, pouvant paraître exclure les moyens de défense qui naîtraient de faits postérieurs à la cession, tels par exemple que la réalisation d'une condition résolutoire, ou l'éviction portant sur la chose acquise au débiteur en échange de son obligation. La seconde Commission a considéré, vu l'importance du principe, qu'elle ne devait pas reculer devant la difficulté qu'il pût y avoir à trouver une définition; et en tout cas la conception qui lui parût devoir s'adapter à tous les cas fût celle-ci, qu'il fallait que l'exception, si elle n'existait pas déjà lors de la cession, eût son fondement dans l'obligation telle que cette dernière se présentait, au point de vue de son contenu, au moment où la créance a été acquise au cessionnaire, et indépendamment des modifications qui pourraient lui avoir été apportées après coup. Et par là s'explique la rédaction de l'article 404 (*Pr.*, p. 387-388). Et quant à la dérogation mentionnée par l'article 302 P[1] en ce qui concerne les exceptions purement personnelles à l'ancien créancier, on a cru inutile de la reproduire, puisque le Code civil ne fait allusion à aucune exception de ce genre, et que, si les parties en créaient de telles, par voie de convention, par exemple un délai en matière de poursuite qui serait stipulé personnel au

moyens de défense qui, à l'encontre du précédent créancier, se trouvaient fondés sur une cause déjà existante à l'époque de la cession de créance.

Art. 405. Lorsque le débiteur a dressé un titre se référant à la dette, il ne peut pas, si la créance a été cédée sur production du titre, alléguer, à l'encontre du nouveau créancier, que la conclusion ou la reconnaissance du rapport d'obligation n'auraient eu lieu que pour la forme, ou encore que la cession, par voie de convention avec le créancier initial, eût été exclue, à moins que le nouveau créancier, lors de la cession, eût connu ou dû nécessairement connaître (1) l'état de choses exact (2).

---

créancier sans pouvoir être invoqué contre un cessionnaire éventuel, il n'y aurait qu'à s'en tenir aux déclarations des parties.

Art. 405. (1) Sur la valeur de cette expression, voir art. 122 et la note.

(2) Cette disposition a été ajoutée par la seconde Commission à la suite du rejet d'un amendement de principe proposé sur l'article 117, et par lequel on demandait, puisque l'acte simulé était nul, qu'il fût déclaré que cette nullité ne pourrait être opposée aux tiers de bonne foi. On vit d'assez grosses difficultés à l'admission d'une règle aussi générale, surtout quant à la détermination des personnes qui eussent qualité pour l'invoquer; et l'on sait en effet quelles sont les controverses soulevées à cet égard par l'article 1321 C. civ. fr., en matière de contre-lettres. Aussi fut-on d'avis, au lieu d'une règle générale, de procéder par voie de dispositions spéciales pour les différents actes susceptibles de produire effet à l'égard du tiers, et dans l'ignorance où seraient ces derniers de la simulation et de la nullité qui dût en résulter (*Pr.*, I., p. 96-97). Le cas de la cession de créance parut être une de ces hypothèses qui exigeaient une disposition spéciale à cet égard (*Pr.*, II, 390). Seulement on considéra qu'il n'y avait lieu de protéger le cessionnaire contre l'exception de simulation que si la créance se trouvait constatée par un titre écrit, ou résulter d'un titre écrit, ce qui vise sans doute plus particulièrement la promesse abstraite ou la reconnaissance de dette des articles 780 et 781, mais sans qu'on ait voulu le moins du monde restreindre à ces hypothèses la disposition protectrice de l'article 405. L'idée qui a guidé la Commission de revision (*Pr.*, II, 390) est qu'une créance non relatée par titre écrit est sans importance au point de vue des

Art. 406. Le débiteur peut compenser également vis-à-vis du nouveau créancier une créance lui appartenant contre le créancier

---

transactions commerciales et qu'en tout cas les tiers ont tout lieu de s'en défier, en même temps d'ailleurs que le débiteur, puisqu'il n'a souscrit aucun titre, n'a pu entendre créer un titre de circulation, mais le plus souvent, s'agissant de simulation, faire apparaître des créances imaginaires en vue de soustraire une partie de son patrimoine à ses vrais créanciers. Si, contrairement au but ainsi poursuivi, le créancier fictif veut négocier la créance simulée, à un moment peut-être où le but qu'avait visé le débiteur a depuis longtemps disparu, il serait par trop rigoureux que ce dernier, alors que n'ayant souscrit aucun titre il n'a pu prévoir la cession, dût être tenu à l'égard du cessionnaire, vu surtout l'imprudence de celui-ci. Mais il n'en est plus de même de la créance incorporée dans un titre; voilà pourquoi, à l'exemple du Code fédéral des obligations (C. f. Ob., art. 16, § 2, et art. 189, § 2), l'article 405 a entendu restreindre à cette dernière hypothèse la protection due aux tiers de bonne foi; et encore faut-il que la cession ait été faite sur la foi du titre, ce qui mplique que la production du titre faite antérieurement à la cession ne suffirait pas, puisque d'ici là le cessionnaire peut croire que la créance ait été éteinte et le titre retiré, de même qu'on ne tiendrait pas compte de celle qui aurait eu lieu après, puisque la confiance du cessionnaire au moment de la cession n'eût pas dérivé de la production du titre; de là la disposition de l'article 405 cf. Pl., p. 188). Mais, s'agissant d'une question de bonne foi et de confiance due au titre, cette protection est subordonnée à l'ignorance, et à l'ignorance excusable, du cessionnaire. Toutefois cette restriction au refus de l'exception de simulation n'existe que par rapport au premier cessionnaire; car, si, à l'égard de celui-ci, la créance se trouve considérée comme valable en vertu de l'article 405, on peut dire que le vice dont elle était affectée a disparu à l'égard de tous les ayants cause du titulaire actuel, lequel transmettra désormais son droit tel qu'il lui appartenait, et sans qu'il y eût à tenir compte de ce que pouvaient savoir ou non les acquéreurs ultérieurs (Pl., *loc. cit.*, et *Pr.*, p. 391). Voilà pourquoi l'article 405 ne parle que du nouveau créancier. Et, bien entendu, ce qui était dit de la simulation devait être étendu au cas où, la créance existant en soi, elle aurait été déclarée incessible par suite d'une convention conclue conformément à l'article 399 *in fine*, mais restée occulte.

Art. 406. § I. En ce qui touche la compensation, la question de savoir si le

précédent, à moins que, lors de l'acquisition de cette créance, il ait eu connaissance de la cession ou que la créance ne soit devenue

---

débiteur cédé pourrait l'opposer au cessionnaire se posait à deux points de vue : en ce qui concerne tout d'abord une créance qui aurait appartenu au débiteur contre l'ancien créancier avant la cession ; et, d'autre part, pour ce qui est de celles qu'il aurait acquises contre lui après la cession réalisée. Si la première question pouvait s'élever, cela tenait au système de l'article 388 sur la compensation. Celle-ci ne s'opérant pas de plein droit, il fallait que celui qui compense fût personnellement créancier de celui à qui il déclare la compensation, et cela au moment même où il fait sa déclaration. Or, au cas de cession, au moment où le débiteur déclare la compensation au cessionnaire, il n'est pas le créancier de celui-ci. Il n'invoque pas l'extinction antérieure de sa dette, comme dans le système français. Il prétend réaliser cette extinction au moment où il invoque la compensation, et pour cela il faudrait que la réciprocité des dettes existât entre les deux parties entre lesquelles l'acte intervient ; ce qui n'est pas. Et cependant, malgré cette logique de raisonnement, il était inadmissible que le débiteur fût privé par le fait même de la cession du bénéfice de la compensation. Sur ce point encore, il fallait aboutir aux mêmes résultats que ceux du système français. L'article 406 admet donc le débiteur à déclarer la compensation ; et cela pour les mêmes raisons pour lesquelles on a permis la compensation après saisie-arrêt et à l'encontre du saisissant (art. 392). Si cependant, bien que la créance existât avant la cession, son exigibilité ne dût se placer qu'après cette dernière, ou plutôt après la connaissance qu'en a eue le débiteur, celui-ci ne pourra plus invoquer la compensation, tout au moins à une condition, qui est que cette créance ainsi acquise contre le cédant ne dût venir à échéance qu'après exigibilité de la créance cédée. Cette condition devant s'appliquer également au cas où il s'agirait d'une créance acquise contre le cédant postérieurement à la cession, c'est à ce propos qu'il en sera parlé. Mais il n'en résulte pas moins que, si cette condition fait défaut, et par suite si la créance devenue exigible après connaissance de la cession vient cependant à échéance avant la créance cédée, la compensation reste possible. Il y a donc là une différence à signaler avec le système de la compensation légale, dans lequel l'exigibilité est une condition presque forcée de l'extinction *ipso jure*. Si donc cette exigibilité ne se place qu'après le moment où, d'après l'article 1690 C. civ. fr., toute compensation est devenue impossible, le débiteur n'aura plus jamais le droit d'opposer cette créance au cessionnaire, même

exigible qu'après cette connaissance acquise et à condition, dans ce dernier cas, qu'elle ne le soit devenue que postérieurement à l'exigibilité de la créance cédée.

---

si elle dût venir à échéance avant qu'il y eût exigibilité de la créance cédée. La compensation, dans tous les cas, reste irréalisable (cf. Demolombe, XXVIII, n° 569, et Aubry et Rau, IV, § 326, note 33). On voit la différence qui existe sur ce point entre le système de la compensation légale et celui du Code civil allemand.

§ II. Restent les créances qui ne seraient acquises qu'après la cession. Et, bien que l'expression d'«acquisition de créance», employée par le texte, pût sembler faire allusion aux créances que l'on acquerrait par voie de cession, il va de soi que l'on a voulu faire allusion à toutes celles dont le débiteur serait devenu titulaire à un titre quelconque. Théoriquement, elles n'auraient jamais dû pouvoir entrer en compensation, puisque, à aucun moment, la réciprocité entre ces créances et celle qui a été cédée ne s'est trouvée exister entre les mêmes personnes, pas même, comme dans le cas précédent, au moment où naissait la créance du débiteur cédé contre le cédant, ou tout au moins au moment où se réalisait la cession. On sait cependant que cette conséquence rigoureuse n'a jamais été admise par aucune législation, au moins en tant que le débiteur ignore la cession; car ce peut être parce qu'il se croit encore débiteur, et que par suite il compte sur la compensation, qu'il a pu consentir à devenir créancier de celui qu'il considère comme son créancier. Il ne faut donc pas que cette garantie lui soit enlevée à son insu. Toute la question est de savoir à quelles conditions il sera censé avoir connu la cession. S'en tiendra-t-on à une connaissance réelle et à la preuve effective qu'il ait eu cette connaissance; ou bien, pour éviter toutes ces difficultés, se contentera-t-on d'une présomption rattachée à un système légal de publicité, telle que l'ancienne *denunciatio*, ou la signification de l'article 1690 C. civ. fr.? Le Code civil rejette ce système de présomptions légales; et l'article 406 s'en tient à la connaissance effective de la cession. Dès que le débiteur sait qu'il a cessé d'être tenu envers le cédant, il n'a plus à compter sur la garantie de la compensation, il faut en revenir à la logique des principes. Toute créance qu'il acquerrait depuis qu'il a connu la cession ne peut plus être opposée en compensation au nouveau créancier. Seulement, l'article 303 P[1], par sa formule de rédaction, mettait la preuve à la charge du débiteur, tandis que la rédaction définitive a été admise en vue d'une

interversion des rôles à cet égard. Le cessionnaire devra établir qu'au moment où le débiteur devenait créancier du cédant ce débiteur savait qu'il y avait eu cession antérieurement. Toutefois, il n'existe à l'égard du débiteur aucune obligation de se tenir au courant de ce que peut faire à ce sujet le créancier; aussi, on n'assimile pas cette fois, comme c'est souvent le cas ailleurs, au fait de savoir le fait qu'on aurait dû savoir. Il en résulte, comme conclusion, que l'on assimile la créance acquise avant que le débiteur eût connaissance de la cession, mais après que celle-ci fût déjà réalisée, à celle dont il aurait été titulaire dès avant la cession. Et c'est alors, pour ces deux catégories de créances, qu'une même limitation du principe d'admissibilité de la compensation se trouve avoir été introduite par la seconde Commission, dans les mêmes termes et pour des raisons analogues à celles de l'article 392.

§ III. S'il s'agit de créance acquise, soit avant la cession, soit après, mais avant que le débiteur en eût connaissance, si elle ne devient exigible qu'après cette prise de connaissance par le débiteur, la compensation n'est plus possible en principe, mais à cette condition toutefois que la date de cette exigibilité doive se placer postérieurement à celle de la créance cédée. C'est que, dans ce dernier cas, le débiteur, ayant dû normalement payer sa dette avant d'être payé lui-même, il n'a pas dû compter sur la garantie de la compensation, et il faut alors revenir à la logique des principes sur le défaut de réciprocité des dettes. Au moment où cette créance se trouverait échue, le débiteur serait d'ailleurs en faute de n'avoir pas payé ce qu'il devait. Il ne faut pas que l'admissibilité éventuelle de la compensation puisse l'encourager à retarder son payement. Si au contraire la créance opposée en compensation doit arriver à échéance avant l'autre, aucun calcul de ce genre ne peut être reproché au débiteur : il faut qu'il puisse dans tous les cas compter sur la garantie de la compensation, et peu importe que l'exigibilité de cette créance fût postérieure à la cession ou à la connaissance effective qu'en a eue le débiteur. Il y a là, on l'a vu, une solution bien préférable à celle que l'on paraît vouloir déduire en droit français du système de la compensation légale.

§ IV. Quant à l'effet de la compensation lorsqu'elle a été opposée antérieurement à l'ancien créancier, voir art. 407, et, au cas de cessions successives, art. 408 et la note.

§ V. Il faut noter enfin que la disposition de l'article 406 s'appliquerait à la cession légale (art. 412), mais non à celle qui se réaliserait par voie de délégation judiciaire (cf. art. 829 et 835 et suiv., C. Pr. all.). On applique-

Art. 407. Le nouveau créancier doit nécessairement accepter de subir à son encontre l'effet d'une prestation que le débiteur, après

---

rait dans ce cas l'article 392, d'après lequel c'est la saisie, c'est-à-dire la défense de payer, qui marque le moment à partir duquel l'acquisition d'une créance nouvelle ne pourrait plus donner lieu à compensation du chef de cette créance, sans qu'il y ait à s'occuper de savoir quand le débiteur a eu connaissance effective de la saisie (note sur art. 392). Aussi, comme dans la terminologie spéciale du Code civil le transport par voie de délégation ne rentre plus sous la dénomination de cession de créances, au sens de l'article 398, on a supprimé dans l'article 406 le nom générique de *transport*, tel qu'il figurait dans l'article 303 P[1], pour ne parler que de cession proprement dite.

Art. 407. § I. L'article 407 continue la série des mesures de protection établies au profit du débiteur de bonne foi. Logiquement, la cession supposée faite, le débiteur n'ayant plus le cédant comme créancier n'aurait eu le droit de procéder à son égard ou d'accord avec lui à aucun acte de disposition de la créance cédée, ou de modification de son contenu. Mais, pour éviter les dangers qui résulteraient pour lui de l'ignorance de la cession, au lieu de fixer au jour même où la cession est opérée le moment où ces actes lui sont interdits, ou plutôt où ils deviendraient inopposables au nouveau créancier, il convenait, comme l'ont fait la plupart des législations, de reporter ce moment au jour où le débiteur aurait connaissance de la cession. On peut donc poser en règle que, à l'égard du débiteur, la cession n'est parfaite qu'au moment où lui-même en a connaissance. Seulement, tandis que le droit français présume qu'il n'en a connaissance que sur le fondement d'un procédé légal de publicité, la signification, le Code civil allemand s'attache à la preuve de la connaissance réelle et effective du débiteur, sauf, il est vrai, s'il n'y a pas eu notification à son adresse, à présumer qu'il ignore cette cession et à obliger le nouveau créancier, à qui le débiteur opposerait un acte passé avec l'ancien, à prouver qu'au moment où cet acte avait lieu le débiteur connaissait la cession. Cette disposition s'appliquera également en matière de cession légale (art. 412), mais non s'il s'agit de transport de créance par voie de délégation judiciaire. Il a été établi que la délégation s'opérerait par voie de signification au débiteur, de telle sorte qu'en même temps que le transport se réalise le débiteur en est légalement averti. On ne pouvait donc pas s'attacher à une

la cession, aurait effectuée au profit du créancier précédent, comme de tout acte juridique qui, après la cession, eût été accompli entre

---

connaissance effective de la délégation, puisqu'il y a présomption légale que celle-ci est connue au moment même où elle s'opère (art. 835 et suiv. et 829 C. Pr. all.; cf. *Denk.*, p. 344, et *Pr.*, p. 393). De là, dans l'article 407, le mot «cession» substitué à l'expression de «transport de créance» de l'article 304 P[1] (cf. note sur art. 406 et art. 392). Quant aux actes visés par le texte, ce sont tous ceux qui pourront influer sur les droits du créancier, pour les limiter ou les éteindre. On a tenu à viser expressément le cas de payement, en parlant de prestation fournie par le débiteur, parce qu'il est des hypothèses où le payement ne pourrait plus être qualifié d'acte juridique et ne se serait pas trouvé compris dans cette dernière expression, telle qu'elle est employée par le texte (cf. note sur art. 362).

§ II. Après avoir parlé des actes passés avec l'ancien créancier, il fallait prévoir le cas d'une instance engagée avec ce dernier, sans que le nouveau créancier fût mis en cause, et se terminant par un jugement passé en force de chose jugée. Ce jugement serait-il opposable au créancier et à quelles conditions l'admettre? On se trouvait en présence de deux règles du droit commun : la première que, si l'instance n'est liée qu'après la cession, elle est mal engagée, puisque c'est le cessionnaire qui est le seul créancier et que, par suite, s'il n'est pas mis en cause, le jugement ne peut lui être opposé; et la seconde que, si l'instance s'était liée avant la cession et que celle-ci ait eu lieu au cours du procès, il y a cession de droit litigieux et que tout doit se passer, à l'égard du débiteur, comme si la cession n'était pas intervenue. Le nouveau créancier ne pourra donc pas se substituer à l'ancien dans son rôle de demandeur, il n'aura pas qualité pour former intervention principale, et enfin le jugement rendu au profit du débiteur est opposable au cessionnaire (art. 325 al. 1 et art. 265, C. Pr. all.). Bien entendu, il n'y avait pas de question relativement à l'application de cette dernière règle en tant qu'il s'agirait de créance cédée depuis l'engagement de l'instance. Mais la difficulté se présentait, lorsqu'il y avait eu cession faite à l'insu du débiteur, et que l'instance n'était engagée qu'ultérieurement. Devrait-on appliquer le principe suivant lequel le jugement, quel qu'il fût, ne produirait aucun effet à l'égard du nouveau créancier, du moment que celui-ci n'eût pas été partie au procès? Le doute s'élevait, sinon exclusivement, au moins principalement, pour le cas où le jugement rendu se trouverait favorable au débiteur. Comment lui

le débiteur et le précédent créancier au sujet de la créance, à moins que le débiteur ait connu la cession lors de la prestation effectuée ou de l'acte juridique accompli.

---

reprocher, en effet, de n'avoir pas mis en cause le nouveau créancier, puisqu'il en ignorait l'existence? Ne fallait-il pas appliquer en pareil cas le principe dominant de l'article 407, à savoir que, quant au débiteur, la cession n'est censée parfaite à son égard qu'au moment où lui-même en a connaissance? Si donc il l'ignore au moment de l'engagement de l'instance, elle doit être considérée, quant à lui, comme n'existant pas à ce moment. Si ce principe devait être admis, il fallait en conclure que, vis-à-vis du débiteur, la cession n'aura été censée réalisée que depuis que l'instance a commencé. A l'égard du débiteur, la cession serait analogue à une cession de droit litigieux; et il faudrait lui appliquer les règles qui ont été exposées plus haut, d'après les articles 325 et 265, C. Pr. all. C'est ce qu'a pensé et décidé la seconde Commission (*Pr.*, 392). Il s'ensuivra que, si au jour de l'engagement de l'instance le débiteur ignorait la cession, il pourra, même s'il en a eu connaissance après coup, et encore qu'en ayant eu connaissance il n'ait pas mis en cause le nouveau créancier, invoquer contre ce dernier le jugement qu'il aurait pu invoquer contre l'ancien créancier, resté seul en cause, et qui se trouve avoir succombé dans l'instance. C'est la décision du second alinéa de l'article 407, qui, pour ce qui est de la connaissance de la cession, s'en tient, comme l'alinéa 1er, à une connaissance effective et réelle, sans exiger de signification, et met la preuve de cette connaissance acquise au débiteur à la charge du nouveau créancier contre qui il invoque les effets du jugement. Toutefois, s'il s'agissait d'un transport par voie de délégation judiciaire, il y aurait à faire les mêmes réserves que celles présentées par l'alinéa 1er de l'article 407.

§ III. On aurait pu croire que le droit pour le débiteur d'opposer le jugement au créancier ne dût lui appartenir que s'il avait connu la cession trop tard pour mettre en cause le cessionnaire. C'était le système du premier Projet (art. 304 P[1]). Il aurait suffi que le cessionnaire, pour repousser le jugement qu'on lui oppose, établît que le débiteur avait connu la cession assez à temps pour la faire valoir dans l'instance. Cette distinction a été rejetée. On a décidé de traiter le débiteur qui ignorait la cession au jour de l'engagement de l'instance comme on le traiterait au cas de cession de droit litigieux et de lui appliquer pleinement les dispositions des articles 325 et 265 C. Pr.

Si, dans une instance qui s'est trouvée déduite en justice entre le débiteur et le précédent créancier après la cession, est intervenu au sujet de la créance un jugement passé en force de chose jugée, le nouveau créancier doit nécessairement accepter de subir à son encontre l'effet du jugement, à moins que le débiteur n'ait connu la cession au moment où se produit la litispendance.

---

all. Aussi ne suffirait-il pas, d'après l'article 407, d'établir que le débiteur avait appris la cession au cours de l'instance, et à un moment où il aurait pu encore valablement dénier au demandeur toute qualité pour agir; il faudrait établir qu'il la connaissait déjà au moment où il y a eu litispendance. On avait proposé d'appliquer à cette hypothèse purement et simplement la règle de l'ancien article 236 al. 3 C. Pr. all. (actuellement art. 325 et 265), sous forme d'addition à cette disposition. Mais on a préféré trancher la question dans le Code civil, par voie de disposition principale, sans autre référence au Code de procédure : de là le second alinéa de l'article 407 (*Pr.*, 392; Pl., 190). Il faudra en conclure tout d'abord qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer à cette hypothèse le second alinéa de l'article 265 C. Pr. all. qui, en cas de cession de droit litigieux, refuse au cessionnaire le droit d'intervention principale (Pl., *loc. cit.;* Scholl., 380.)

§ IV. Une autre conséquence, que l'on aurait pu être tenté de tirer de l'extension pure et simple à l'hypothèse de l'article 407 des dispositions de l'article 325 C. Pr. all. eût été de permettre au cessionnaire de se prévaloir du jugement rendu au profit du cédant, et par conséquent contre le débiteur, sans que le débiteur pût lui objecter qu'il n'était qu'un tiers et que le jugement ne saurait avoir effet à son profit, la cession ayant eu lieu avant l'introduction de l'instance. L'article 325 déclare, en effet, que, si le droit porté en justice est cédé ou aliéné depuis engagement de l'instance, le jugement a effet, non seulement contre les ayants cause du demandeur, mais à leur profit, pour et contre. On aurait été tenté d'admettre cette double solution, si l'on eût déclaré purement et simplement que le débiteur qui eût ignoré la cession au début de l'instance devait être traité en tout et absolument comme il le serait au cas de cession de droit litigieux : car en pareil cas il devrait subir, même à l'égard du cessionnaire, l'effet d'un jugement de condamnation prononcé au profit du cédant. L'article 407 au contraire ne vise que l'hypothèse où le jugement est invoqué contre le cessionnaire, puisqu'il dit que ce dernier

Art. 408. Lorsqu'une créance déjà cédée est à nouveau cédée à un tiers par le précédent créancier, si le débiteur fournit prestation

---

devra accepter que le jugement produise ses effets contre lui. Dans le cas contraire par conséquent, il faut admettre l'application stricte des principes : c'est la meilleure protection que l'on puisse accorder au débiteur. Il faudra donc accepter que le débiteur puisse obliger le cessionnaire à le poursuivre à nouveau. Toutefois, s'il est établi que le débiteur a connu l'existence de la cession assez à temps pour dénier à l'ancien créancier le droit d'agir en cette qualité, étant donné que ce droit d'opposition doit lui être reconnu (Pl., 190), il y aura lieu de se demander si, en acceptant de continuer le procès avec le cédant, il ne sera pas censé avoir voulu le reconnaître comme représentant le cessionnaire, de telle sorte qu'il aurait accepté, par avance, d'être traité réellement et de tous points comme il le serait au cas de cession de droit litigieux, conformément à l'article 365 C. Pr. all. Il devrait subir l'effet du jugement rendu contre lui, même lorsque ce jugement est invoqué par le cessionnaire. Mais ce n'est là qu'une question d'interprétation.

Art. 408. § I. Le système de protection organisé par l'article 407 au cas de conflit entre le débiteur cédé et un cessionnaire unique, conflit envisagé au point de vue des rapports du débiteur avec l'ancien créancier, devait s'étendre à l'hypothèse où celui-ci aurait fait plusieurs cessions successives, alors que le débiteur n'aurait eu connaissance que de la dernière en date, et ignorerait qu'au moment où elle fût intervenue la créance n'appartenait déjà plus au cédant. Il s'agit donc, non pas de régler le conflit entre plusieurs cessionnaires tenant leurs droits d'un même auteur, mais de fixer la situation du débiteur par rapport à ces différents cessionnaires en conflit. Dans le système du Code civil allemand, qui ne fait pas de la signification la condition d'existence de la cession à l'égard des tiers, la cession, par le seul fait du contrat, est valable *erga omnes*, de telle sorte qu'après une première cession le cédant est déchu de tous ses droits par rapport à la créance cédée. La seconde cession qu'il consentirait, ou celle qui serait opérée par justice ou en vertu de la loi, ne transférerait aucun droit au nouveau cessionnaire. Il peut donc se faire que le débiteur ignore la première cession et ne connaisse que la seconde. En principe, les actes qui interviendraient entre lui et ce second cessionnaire seraient donc sans effet et non avenus à l'égard du premier.

au tiers ou qu'entre le débiteur et le tiers un acte juridique soit accompli ou une instance déduite en justice, les dispositions de

---

A ce point de vue encore, il a paru indispensable de protéger, sinon le second acquéreur trompé par le cédant, mais le débiteur qui a pu connaître la seconde cession seulement, et non la première. Dans ce but, il a été décidé que la situation du débiteur, par rapport aux actes passés avec le second cessionnaire, et au point de vue de leurs effets vis-à-vis du premier, serait réglée par application correspondante des dispositions de l'article 407. Cela signifie que, par rapport au débiteur, et en ce qui concerne le droit qu'il puisse avoir d'invoquer les actes passés avec le second cessionnaire, la première cession ne sera parfaite et ne prendra date que par la connaissance effective que le débiteur en acquerrait. Si donc il l'ignore au moment où il paye au second cessionnaire, cette première cession reste encore non avenue à son égard et le payement qu'il fait est valable *erga omnes*. Il en serait de même pour tous les autres actes prévus par l'article 407.

§ II. Il faut remarquer que l'article 408 applique ainsi le système de protection de l'article 407 pour tous les actes quelconques du débiteur, même en ce qui concernerait la déclaration de compensation. Celle-ci, lorsqu'il y a eu cessions successives émanant du créancier initial, se trouvera donc réglée, par rapport au débiteur, par le système de l'article 407 et non par celui de l'article 406, ce qui est très important. Sans doute, le débiteur pourra invoquer contre le précédent cessionnaire une compensation qu'il aurait opérée à l'encontre du second à un moment où il ignorait la cession antérieure. Mais, s'il était établi qu'au moment où il veut déclarer la compensation cette première cession lui était connue, il ne pourrait plus compenser valablement contre la dette résultant de la créance cédée une créance qu'il aurait acquise vis-à-vis du second cessionnaire, alors même que, lors de l'acquisition de cette créance, il eût ignoré la première cession et les droits du premier cessionnaire. On aurait dû cependant le lui permettre, si on eût appliqué le système de l'article 406. On l'avait proposé; il avait semblé juste d'appliquer au profit du débiteur, non seulement dans ses rapports avec le créancier initial, mais dans le conflit qui peut s'élever entre lui et plusieurs ayants cause de ce premier créancier, le système établi par l'article 406 en matière de compensation : le moment décisif auquel il faudrait se placer pour savoir si le débiteur avait ou non connaissance d'une cession antérieure serait, non plus celui de la déclaration de compensation, mais celui de l'acquisition même de la créance qu'il

l'article 407 recevront, en faveur du débiteur et à l'égard de l'acquéreur antérieur, application correspondante.

---

invoque contre un cessionnaire plus récent (*Pr.*, p. 394). En d'autres termes, une créance acquise contre le dernier cessionnaire dans l'ignorance d'une première cession aurait encore pu être utilement déclarée en compensation à l'encontre du premier cessionnaire, une fois cette première cession connue du débiteur. On fit observer toutefois que, par application de l'article 406 combiné avec l'article 407, il serait juste de distinguer entre les créances acquises avant et celles acquises après le moment où le débiteur aurait pris connaissance de la seconde cession. Comme, en réalité, il n'a jamais été débiteur du second cessionnaire et qu'aucune réciprocité ne s'est établie entre la créance cédée et les créances lui appartenant contre le second cessionnaire, on ne pouvait admettre l'efficacité de la compensation opposée par lui à ce dernier que dans la mesure où elle correspondrait à un acte entaché d'erreur; or, pour les créances acquises contre le second cessionnaire avant que le débiteur connût la cession, on ne pouvait plus dire qu'il les avait acquises en vue de la garantie que lui offraient sa dette et la compensation à laquelle il croyait avoir droit. Il aurait donc fallu ne pas lui permettre d'opposer au premier cessionnaire la compensation qui aurait eu ces créances pour objet. Et cependant, même pour ces créances existant antérieurement à l'époque où le débiteur a pu croire à une possibilité de compensation, il peut se faire qu'après coup, une fois la cession connue, le débiteur ait négligé de poursuivre à raison de la garantie qu'il croit avoir dans la compensation. Pourquoi donc, s'il compense ces créances avec la dette résultant de la créance cédée, lui refuserait-on d'invoquer cette compensation à l'encontre du premier cessionnaire? Il y avait ainsi, à l'application de l'article 406, des difficultés et des complications telles qu'on a préféré y renoncer. Même en matière de compensation, il faudra s'en tenir, pour rechercher si le débiteur avait ou non connaissance de la cession antérieure, au moment où l'acte intervient, c'est-à-dire à celui de la déclaration de compensation.

§ III. Le second alinéa du texte a pour objet d'en étendre l'application à tous les modes de transfert, quels qu'ils soient, du moment qu'il s'agit du transfert qui soit le second en date. S'il s'agit de transfert judiciaire, il peut se faire en effet que le débiteur n'ait connu que ce second transfert et non le premier. Mais cette extension ne vise que le transfert second en date et toute cette réglementation suppose que le premier mode de transfert n'était pas un

Il en sera de même si la créance, déjà antérieurement cédée, est attribuée à un tiers par résolution de justice, ou que le précédent créancier vis-à-vis du tiers reconnaisse que, par l'effet de la loi, la créance antérieurement cédée ait passé au tiers.

Art. 409. Si le créancier donne avis au débiteur qu'il a cédé la

---

transfert par justice; car on sait que ce procédé de délégation exige signification au débiteur et implique présomption légale que le débiteur l'a connu. On ne pouvait donc plus, en pareille hypothèse, admettre que celui-ci eût connu le second transfert avant le premier (notes sous art. 406 et 407). Aussi, l'article 408 emploie l'expression technique de «créance cédée» pour désigner la cession première en date, ce qui exclut l'idée d'un transfert judiciaire. Cependant, si la première cession résultait de la loi, il n'y a plus de présomption légale impliquant forcément que le débiteur l'ait connue à sa date (art. 412). Il y aurait donc lieu, si elle est suivie d'une cession ultérieure, d'appliquer l'article 407. Mais, si c'est cette seconde cession qui soit opérée par la loi, l'article 408 semble bien n'appliquer au débiteur les garanties de l'article 407 que s'il y a, de la part de l'ancien créancier, reconnaissance à l'égard du tiers de la cession légale réalisée au profit de ce dernier. C'est que cette cession en réalité a été nulle, le droit n'appartenant plus au créancier du chef duquel la loi a voulu le transmettre; et rien n'autorise d'ailleurs le débiteur à considérer cette cession légale comme valable, celui qu'il considère comme le titulaire de la créance n'ayant rien fait qui pût laisser croire qu'il était resté créancier. Tout au contraire, la reconnaissance faite par ce créancier a trompé le débiteur. Il fallait un acte juridique émanant de lui pour que le débiteur pût considérer le tiers comme réellement cessionnaire et titulaire de la créance. Mais peu importe d'ailleurs la forme sous laquelle cette reconnaissance aura été faite.

Art. 409. § I. L'article 409 traite des effets de la signification ou notification faite au débiteur; ce dernier terme est plus exact, puisque en réalité aucune forme n'est exigée, pas même la forme écrite, et que la notification peut se produire par déclaration purement verbale. Cette notification, par analogie avec le cas de procuration, peut se réaliser de deux façons: par voie directe ou indirecte. Le premier procédé se présente sous forme d'avis donné par le cédant au débiteur pour l'avertir de la cession, en lui désignant le

créance, il doit nécessairement acccepter de subir à son encontre, et par rapport au débiteur, l'effet de la cession dont il lui a donné

---

nouveau créancier. Mais le cédant, comme le mandant en matière de procuration, peut adresser cette notification au débiteur par l'intermédiaire du cessionnaire : c'est le second procédé. Et pour cela, il suffit qu'il remette au cessionnaire un titre de cession destiné à être produit au débiteur. Dans ce cas, la notification est acquise lorsque ce titre est présenté au débiteur. Il y a là, non seulement une preuve fournie par le cessionnaire de la régularité de son titre, mais un ordre indirect du cédant d'avoir à traiter celui qui se trouve ainsi désigné dans le titre de cession comme le seul légitime créancier. Cet ordre de payer au tiers ainsi désigné comme cessionnaire vaut comme déclaration de volonté, indépendante de la cession. Cette dernière pourra être nulle, l'ordre résultant de la notification indirecte faite au débiteur reste valable, exactement comme au cas de notification directe (cf. art. 172; *M.*, II, 135, et *Pr.*, 395 et 398; Pl., 193).

§ II. Quant à l'effet de cette notification, il ne se produit en aucune façon dans les rapports entre cessionnaires successifs tenant leurs droits d'un même auteur. La notification n'a pas pour objet de régler le conflit qui s'élève entre eux. Elle n'a eu en vue que la situation du débiteur. Il y a tout d'abord un premier effet qui dérivera de la notification et dont l'article 409 n'avait même pas à parler; il allait de soi. Il consiste en ce que la notification fournit la preuve légale de la connaissance par le débiteur de la cession ainsi notifiée, cession légalement présumée faite à celui qui se trouve ainsi désigné. Cette preuve légale trouvera son application, soit au regard de l'article 407, soit à celui de l'article 408. Mais ce n'est pas à ce point de vue que se place l'article 409. Car, après avoir protégé le débiteur par rapport au cessionnaire, il fallait le garantir contre le cédant lui-même. Il peut arriver que la cession soit nulle ou annulée; il peut même se faire qu'elle ait été notifiée avant d'être opérée et qu'elle ne se réalise pas. Dans tous ces cas, si l'on eût appliqué les principes dans toute leur rigueur, il en fût résulté que les actes passés par le débiteur avec celui désigné comme cessionnaire eussent été nuls et non recevables à l'égard du cédant. Il y avait donc lieu de se demander à quelles conditions ces actes seraient opposables au cédant.

§ III. C'est alors qu'apparaît le rôle de la notification. Elle constitue un titre de légitimation de la qualité de cessionnaire, titre émanant du cédant et qui, par suite, lui est opposable. Il faut remarquer, en effet, que le débiteur, lorsqu'il

avis, alors même que cette cession ne serait pas réalisée ou qu'elle serait inefficace. A l'avis donné au débiteur il faut assimiler le fait

---

est poursuivi par un tiers qui se prétend cessionnaire de la créance, a toujours le droit d'exiger de lui la preuve de son titre ou autrement dit un titre de légitimation; et ce titre de légitimation sera la production du titre de cession (art. 410). S'il paye sans s'être fait représenter le titre, il paye à ses risques et périls. Mais s'il se fait représenter le titre de cession, la production de ce titre vaut notification indirecte de la part du cédant. Ce dernier est censé donner l'ordre au débiteur de considérer le cessionnaire comme le véritable ayant droit. Si donc la cession est nulle, le cédant n'en est pas moins tenu par l'ordre qu'il a donné et il doit en subir les conséquences. Les actes passés par le débiteur avec le cessionnaire depuis qu'il y a eu notification directe ou indirecte, et tant qu'elle n'aura pas été révoquée, seront opposables au cédant. On a déjà vu que la notification était assimilable à une procuration par laquelle le cédant donne ordre au débiteur de traiter le cessionnaire comme le légitime créancier; cet ordre, en soi, ne doit subsister qu'autant que la cession existe ou n'est pas annulée. La notification constitue une preuve légale de l'existence d'un ordre de ce genre. Or on pouvait se demander si cette preuve légale constituerait une présomption irréfragable ou s'il serait permis au contraire d'établir et de prouver que le débiteur a su que l'investiture dont il recevait ainsi communication n'était plus valable, parce que la cession ne l'était pas. La question devait se poser surtout par analogie des articles 172 et 173, lorsqu'il y avait notification par voie de production du titre de cession. S'il est établi que le débiteur au moment où ce titre lui était représenté connaissait la nullité de la cession, le cédant pourra-t-il dénier, en ce qui le concerne, l'effet des actes passés avec le cessionnaire désigné? Cela revient à se demander si, dans ses rapports avec le cédant, la notification protégera même le débiteur de mauvaise foi. On avait tout d'abord admis que le cédant pourrait faire la preuve de la mauvaise foi du débiteur (art. 304 P[1]). Mais ce système a fini par être écarté. Et tant que la notification subsiste, il a été entendu qu'elle conservait une valeur absolue sans admissibilité de la preuve contraire. Elle constitue un titre de légitimation qui vaut au profit du débiteur d'une façon absolue, sans que le cédant puisse être admis à prouver que lors de la production du titre il savait que la cession était non avenue (cf. art. 304 P[1] et art. 306 P[1] et *Pr.*, 395; cf. Crome, II, § 199, note 46). Il y a donc là une différence importante avec le système de l'article 173. Cela tien-

que le créancier ait dressé, au profit du nouveau créancier ainsi désigné, un titre relatif à la cession et que ce dernier le produise au débiteur.

---

drait, dit Planck (p. 193), à ce que, la cession étant un acte abstrait, la notification qui s'y rapporte a le même caractère. Elle vaut indépendamment de sa cause, en ce sens que, même si le débiteur sait que la notification n'a plus de cause juridique, il a encore le droit de se prévaloir de l'ordre qu'il a reçu. On paraît admettre cependant que, dans certains cas, il pourrait y avoir la ressource de se prévaloir de la théorie des délits. Assurément il ne suffirait pas, pour qu'il y eût délit, que le débiteur eût payé au cessionnaire sachant la cession nulle, puisque la loi l'autorise expressément à se prévaloir de la notification. Mais s'il avait connu la cause de nullité, alors que le cédant lui-même l'eût ignorée et qu'il eût reçu notification sans avertir le cédant, de telle sorte qu'il profitât de l'ignorance de celui-ci pour compromettre ses droits en payant au cessionnaire, on peut soutenir qu'il commet un délit civil (art. 826; cf. Scholl., p. 383).

§ IV. Reste à savoir si la preuve de légitimation, dont l'effet vient d'être indiqué par rapport au cédant, vaudra également et avec les mêmes caractères dans les rapports entre cessionnaires successifs tenant leurs droits du même auteur. On peut supposer également, ce qui est une hypothèse analogue, que le cédant ait désigné, par un motif de simulation, un tiers qui ne fût pas le véritable cessionnaire; ou bien, si l'on suppose, deux cessions successives, il aura désigné le second cessionnaire, alors que celui-ci n'est pas le véritable ayant droit, le seul titulaire légitime de la créance étant le cessionnaire premier en date. Les auteurs paraissent disposés à résoudre la question d'après les règles posées dans l'article 407, sans faire à cette hypothèse une application directe de l'article 409. Ce texte, en effet, suppose une notification émanant de celui qui avait qualité pour céder la créance et règle les rapports du débiteur avec le cédant, tandis que, si le créancier initial a déjà cédé la créance une première fois, il n'a plus qualité pour faire aucune notification au débiteur, et la notification qu'il ferait ne saurait régler la situation de ce débiteur par rapport au véritable titulaire de la créance, lequel est le cessionnaire premier en titre (Scholl., 384). Seulement, l'ancien créancier, en faisant notification au débiteur, fait un acte par lequel il dispose de la créance au détriment du cessionnaire véritable. Cet acte rentre parmi ceux prévus par l'article 407, lesquels sont valables au profit du débiteur et oppo-

L'avis une fois donné ne peut être retiré que de l'assentiment de celui qui a été désigné comme étant le nouveau créancier.

---

sables au cessionnaire, du moment que le débiteur, lorsque cet acte intervenait, était encore dans l'ignorance de la cession. Si donc le débiteur, lors de cette notification, ignorait la cession première en date, il doit pouvoir invoquer contre celui au profit de qui cette cession était faite l'acte passé avec le cédant : et, s'il peut invoquer cet acte, ne doit-il pas pouvoir bénéficier sans autres conditions supplémentaires de toutes les conséquences qui s'y rattachent, ce qui voudrait dire que tous les actes faits par lui en conséquence de cette notification, laquelle vaut procuration à l'effet d'accepter le tiers désigné pour créancier, seraient opposables au véritable ayant droit, alors même qu'au moment de ces actes, tel que le payement par exemple, le débiteur eût connu les droits du premier cessionnaire (dans ce sens Scholl., 385, et Pl., 194)? D'autres auteurs n'acceptent plus au contraire que ces actes passés avec le second cessionnaire soient opposables au premier, si l'on prouve qu'au moment de l'acte le débiteur connaissait la cession antérieure, et cela alors même qu'il l'eût ignorée au moment de la notification. On traiterait donc chacun de ces actes pris individuellement comme ceux dont il est question à l'article 408; ils sont inopposables au véritable ayant droit, si, à ce moment, il est prouvé que le débiteur savait quel était le véritable cessionnaire. C'était la solution indiquée par les Motifs (II, 136) et adoptée par plusieurs auteurs. Planck et Schollmeyer croient que, par le fait seul que le débiteur ignorait la première cession lors de la notification, tous les actes qu'il fait sur le fondement de cette notification, en vertu de l'article 407, et non plus de l'article 408, sont opposables à l'ayant droit, même si à ce moment le débiteur avait eu connaissance de la légitimité du titre de ce dernier. Seulement, si c'est en vertu de l'article 407 que cette solution est acquise, et non plus par application de l'article 409, il faudrait en conclure que, par rapport au véritable cessionnaire, la notification ne fait plus preuve irréfragable de l'ignorance de la première cession. L'ayant droit pourra toujours, par tous les moyens de preuve, établir qu'au moment où cet acte intervenait de la part du cédant, le cédé connaissait l'existence de la cession première en date.

§ V. On a fini, après divers tâtonnements, par admettre que la révocation ou le retrait de la notification, au lieu d'être un acte unilatéral, serait un acte exigeant le consentement du cessionnaire désigné comme tel (*Pr.*, 395 et 398; cf. art. 306 P[1]). On se fonda sur ce motif que le tiers ainsi désigné se trouvait

Art. 410. Le débiteur n'est obligé vis-à-vis du nouveau créancier à faire prestation que contre remise d'un titre relatif à la

---

acquérir lui-même, par suite de la notification directe ou indirecte, un avantage modifiant sa situation antérieure, telle qu'elle résulte de l'article 410, avantage qui ne doit pas pouvoir lui être enlevé contre son gré. C'est qu'en effet la notification enlève au débiteur le droit de refuser le payement au tiers ainsi désigné; il est désormais obligé de payer entre ses mains sans avoir à exiger la preuve de la légitimité de son titre (art. 410). Sans doute, le cessionnaire n'a pas le droit d'exiger que le cédant fasse notification au débiteur. Cependant, il peut exiger un titre de cession (art. 403); et, s'il le produit au débiteur, cette présentation du titre équivaudra à notification d'après l'article 409. Et c'est par là aussi que la situation du cessionnaire se distingue de celle résultant de la procuration; celui à qui cette dernière est conférée n'a aucun droit propre à la procuration, aussi la loi ne lui permet pas d'en exiger un titre écrit; et, d'autre part, la révocation, s'il s'agit de procuration, reste un acte purement unilatéral. En matière de notification de cession, la révocation exigera le consentement du cessionnaire, sous quelque forme que la notification ait été faite, directe ou indirecte. Mais ce consentement peut intervenir après ou avant le retrait de notification; le texte emploie, en effet, l'expression très large d'«assentiment» au sens de l'article 182 (cf. Crome, *loc. cit.*, § 199, note 50-52).

Art. 410. § I. L'article 410 règle la situation du débiteur à l'égard du créancier au cas de sommation ou de poursuite de ce dernier à fin de payement. Il était évident qu'il devait avoir le droit d'exiger, de la part du cessionnaire, justification de sa qualité. Celle-ci se fera, sans doute, par le fait de la notification émanée du cédant ou par la production du titre de cession (art. 409). Mais il fallait prévoir le cas où aucune notification n'aurait eu lieu. La question était de savoir alors si le débiteur, ainsi poursuivi par le cessionnaire, pourrait refuser de payer. Le premier Projet (art. 308 P[1]) ne lui accordait aucun droit formel à cet égard. S'il payait, c'était à ses risques et périls. S'il s'y refusait, il devait subir un procès dans lequel il lui fallait poser la question de légitimation et obliger le demandeur à prouver son droit. Il est vrai que, dans ce cas, on ne mettait plus à sa charge les frais du procès. Il faut observer également que, dans le cas où il y avait eu notification, l'article 308 P[1] ne disait plus qu'il y eût obligation pour le débiteur de payer

cession et dressé par le précédent créancier. Une dénonciation ou une sommation émanant du nouveau créancier sont inefficaces,

---

au cessionnaire. Cela tenait, comme on l'a vu sur l'article 409, à ce que le premier Projet n'attribuait pas à la notification la valeur d'une présomption irréfragable au profit du débiteur. Celui-ci pouvait donc encore se laisser poursuivre et obliger le demandeur à la preuve de son titre; il est vrai que, dans ce cas, comme il y avait eu notification, les frais de poursuite n'étaient plus à la charge du cessionnaire. Cette double solution était inadmissible. Elle avait surtout l'inconvénient d'aboutir à un procès sur la preuve même du droit du cessionnaire, alors que le plus souvent il ne devait y avoir aucun doute sur ce point. C'était encourager les atermoiements du débiteur et augmenter les frais.

§ II. Aussi l'article 410 attribue au débiteur le droit formel de refuser le payement, tant qu'il n'y a pas eu notification directe émanant du cédant ou remise du titre de cession. Si donc le cessionnaire veut encore poursuivre, la question de preuve de la cession elle-même n'a pas à se poser; le procès ne portera que sur la question de savoir s'il y a eu remise du titre au débiteur. Le jugement ne pourra le condamner à payer que sous la condition de remise du titre; et la question de fond n'étant pas tranchée relativement aux droits du cessionnaire, on n'a plus à se demander s'il y aurait ou non chose jugée à l'égard du cédant. Seulement, à l'inverse, s'il y a eu notification, et notification écrite, le texte porte cette fois que le débiteur n'est plus autorisé à faire valoir les exigences que le premier alinéa lui eût permis d'invoquer; donc il doit payer, ce qui est en harmonie avec l'article 409, lequel admet, contrairement aux articles 304 et 306 P[1], que la notification constitue au profit du débiteur une présomption absolue qui ne comporte pas la preuve contraire.

§ III. Toutefois il faut observer que, pour obliger le débiteur au payement, on ne se contente plus des formes ordinaires de la notification. Si elle émane directement du cédant, il faut qu'elle soit sous forme écrite, et, si elle se réalise par voie indirecte, on ne se contente plus de la production du titre de cession, il faut qu'il y en ait remise au débiteur. Cette remise n'aura pas pour objet l'original du titre, puisque le cessionnaire ne peut être obligé de s'en dessaisir; il s'agira d'une copie également signée du cédant. On a voulu que le débiteur ait pour l'avenir une justification du payement qu'il aurait fait au cessionnaire, en vue de le rendre opposable au

lorsqu'elles ont lieu sans production d'un titre analogue et que le débiteur les repousse sans retard pour ce motif.

---

cédant. Et il faut pour cela qu'il prouve : 1° avoir payé, ce qui lui sera facile, s'il exige une quittance ; et 2° avoir payé sur présentation du titre (art. 409) ; cette dernière preuve lui sera fournie par le titre qui lui aura été remis (art. 410). Et c'est pour la même raison, s'il s'agit de notification directe, que le débiteur, pour être obligé de payer au cessionnaire, a le droit d'exiger également que cette notification soit sous forme écrite. Mais ce droit de refus que l'article 410 donne au débiteur, dans tous les cas où la notification ne lui aurait pas été faite sous les conditions énoncées au texte, constitue pour lui une exception qui n'est valable que si elle est opposée sans autre délai à la sommation faite par le cessionnaire.

§ IV. On peut se demander toutefois si l'existence de cette exception, laquelle a pour objet de faire obtenir au débiteur les pièces justificatrices dont il peut avoir besoin, implique la reconnaissance à son profit d'un véritable droit qui lui appartienne à l'effet d'exiger que ces pièces lui soient remises. Si ce droit existe à son profit, il ne sera pas perdu par le seul fait que le débiteur aurait négligé d'opposer à temps l'exception que lui donne l'article 410 et qu'il eût payé sans aucune justification ; il pourrait encore après coup agir en vue de l'obtention des pièces qui lui sont dues. D'autre part, si cette exception n'était que l'exercice d'un droit positif appartenant au débiteur contre le cessionnaire, elle ne constituerait qu'une application du droit de rétention de l'article 273 ; et, dans ce cas, le cessionnaire pourrait écarter l'exception qu'on lui oppose, et exiger le payement, en fournissant une sûreté suffisante, conformément à l'article 273 al. 2. Le point présenterait quelque utilité sérieuse au cas de cession faite sans qu'il en eût été dressé de titre, alors que le cédant se trouve absent et qu'il peut être difficile au cessionnaire d'exercer vis-à-vis de lui le droit que lui donne l'article 403. Toutefois il a été déclaré expressément que l'on entendait ne pas trancher législativement la question (*Pr.*, p. 397). Aussi les auteurs restent divisés sur ce point (citations dans Scholl., 379). Planck (p. 195-196) et Schollmeyer (*loc. cit.*) se décident pour la négative. Le but de la loi est de fournir au débiteur une garantie avant tout payement, afin, s'il paye, de lui permettre d'établir qu'il a payé sur notification et d'invoquer par la suite l'article 409. La remise du titre postérieurement au payement ne serait jamais qu'une notification après coup, laquelle ne répondrait pas au but visé. Et, d'autre part, la prestation de

Ces dispositions ne s'appliquent plus lorsque le précédent créancier a donné avis de la cession par écrit au débiteur.

Art. 411. Si une personne appartenant à l'état militaire, un fonctionnaire, un ecclésiastique ou un professeur faisant partie d'un

---

sûreté de l'article 273 ne saurait jamais, à aucun point de vue, suppléer la remise d'un titre. Quoi qu'il en soit, la question reste ouverte, et la controverse permise.

§ V. En dehors de la question de payement proprement dit, l'article 410 devait viser l'effet des actes que le cessionnaire peut avoir le droit de faire par cela seul qu'il se présente comme créancier, tels qu'une dénonciation à fin de remboursement, ou une sommation. Ces actes, par eux-mêmes, produisent des effets juridiques. Il s'agissait de savoir si ces effets allaient se réaliser à l'encontre du débiteur, même lorsque ce dernier n'a pas acquis la preuve de la cession. Aussi l'article 410 lui donne-t-il le droit d'exiger, non plus, cette fois, la remise, mais la production d'un titre de cession, faute de quoi il doit rejeter sans retard, au sens technique du mot (art. 121), les actes qu'on lui adresse. Et ce rejet, fait dans ces conditions, vaudra inefficacité des actes qu'on lui oppose.

Art. 411. § I. On revient ici, pour la garantie des caisses publiques, à un système à peu près analogue à celui du droit français et de l'article 1690 C. civ. fr. On ne pouvait admettre, lorsqu'il s'agissait de créance sur une caisse publique et que cette créance vînt à être cédée, que l'on pût contester, en vertu de l'article 407, la régularité du payement fait à l'ancien créancier, sous prétexte que l'administration aurait connu la cession; de sorte qu'ici, au lieu de la connaissance effective de la cession, on s'en tient à un système de présomption légale, et par suite on revient à l'exigence d'une notification.

§ II. On pouvait croire, d'après le premier Projet (art. 311 P[1]), que l'on eût fait dépendre la validité de la cession elle-même de cette notification; c'eût été excessif. Il n'y avait pas de raison, si l'administration avait eu connaissance de la cession et qu'elle eût payé au cessionnaire, pour que l'on considérât ce payement comme non avenu, sous prétexte que la cession elle-même n'eût pas été valable faute d'avis au débiteur. Tout ce qu'exigeait le but que l'on avait en vue, c'était, d'une part, que l'administration pût toujours, tant qu'elle n'aurait pas été officiellement avertie, refuser le payement au cessionnaire,

établissement public d'instruction, cède la partie aliénable de son traitement, de ce qu'il touche en disponibilité ou de sa pension de retraite, la caisse chargée du payement doit être avertie de la cession par la remise d'un titre certifié par voie de légalisation publique, et dressé par le précédent créancier. Jusqu'à ce qu'il y ait eu avertissement en cette forme, la cession est réputée n'être pas connue de la caisse chargée du payement.

Art. 412. Lorsqu'il s'agit du transfert d'une créance par l'effet de la loi, les dispositions des articles 339 à 404, 406 à 410 reçoivent application correspondante.

---

et, d'autre part, qu'elle pût payer valablement au cédant. La preuve de la cession ne pouvant résulter ici que de la notification au débiteur, c'est donc de cette notification qu'il faudra faire dépendre tous les effets que les articles 406 à 408 attachent à la connaissance effective de la cession elle-même, de même que, tant qu'elle n'aura pas eu lieu, l'administration débitrice pourra se prévaloir de l'article 410 (cf. *Pr.*, p. 404). Quant à cette notification elle-même, elle résulte de la remise d'un titre constatant la cession; et il faut sans doute que le titre émane du cédant, donc qu'il ait été dressé par lui; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit remis par lui, et peu importe qu'il le soit par le cessionnaire. Seulement, à la différence des articles 409 et 410, qui attachent, eux aussi, certains effets à la production ou à la remise du titre, on exige ici que le titre soit légalisé dans les formes de l'article 129. Quant aux créances, enfin, auxquelles s'appliquera l'article 411, elles sont suffisamment indiquées par l'énoncé même du texte: il existait d'ailleurs, à titre de précédents, certaines dispositions particulières résultant de lois spéciales et donnant une solution analogue à celle qui a été consacrée par l'article 411, par exemple pour les traitements civils, dans la loi du 31 mars 1873, art. 6, et pour les traitements militaires, dans la loi du 2 mai 1874, art. 45. C'est ce système que l'article 411 a généralisé; aussi les deux articles spéciaux des lois susindiquées sont-ils abrogés par la Loi d'introduction, art. 43 et 45.

Art. 412. Comme exemples de transport légal voir art. 268 al. 3; 426 al. 2; 774 al. 1; 1143 al. 1; 1225; 1249 al. 2; 1436; 1519 al. 2; 1549; 1607 al. 2; 1709 al. 2.

Art. 413. Les dispositions admises en matière de transfert de créances reçoivent application correspondante pour le transfert de

---

Art. 413. Il résulte de la généralité du texte que la théorie de la cession de créance constitue désormais le droit commun en matière d'aliénation, quel que soit le droit qu'il s'agisse de transférer. Cela s'appliquerait donc, en principe, même aux droits réels; et la double conséquence que l'on doive en tirer c'est d'abord que de droit commun toute aliénation résulte du contrat, et que, d'autre part, il s'agit d'un contrat abstrait, indépendant de sa cause juridique (art. 398). Il devrait en résulter aussi que, par le seul fait du contrat, l'aliénation est parfaite *erga omnes*, sauf certaines protections analogues à celles des articles 406 et suivants en faveur des tiers de bonne foi. Mais il importe de remarquer que cette généralité d'application est fortement restreinte par la fin du texte, d'où il résulte que cette théorie de la cession de créance devra être écartée s'il s'agit de droits dont la loi ait réglé la transmission de façon à laisser entendre qu'il y ait là une théorie se suffisant à elle-même et excluant toute disposition étrangère empruntée aux principes généraux sur la transmission des créances ou des droits en général. Ou du moins est-ce de cette façon que paraît devoir s'interpréter la formule définitivement adoptée dans le second Projet revisé (art. 407 P³). Dans les textes antérieurs (art. 312 P¹ et art. 356 P²), il semblait qu'il eût suffi d'une réglementation spéciale, admise par la loi, pour que l'application du contrat de cession fût écartée, ce qui eût parfaitement convenu sans doute à la transmission des droits réels (art. 873 et suiv., art. 925 et suiv.), sans que cependant la formule se trouvât toujours forcément exacte pour tous les droits au sujet desquels la loi eût admis certaines dispositions spéciales relatives à leur transmission : c'est ainsi, par exemple, que l'exclusion totale du contrat de cession lorsqu'il s'agit d'assignation et de la cession qui s'y réfère, exclusion motivée par le seul fait que la loi eût réglementé cette cession (art. 792), eût été certainement une interprétation abusive de la disposition du texte, alors même que l'article 792 n'eût contenu aucune référence expresse à l'application supplétive de la théorie de la cession de créance. D'autre part, il ne semble pas à l'inverse que le changement de rédaction apporté dans l'article 407 P³ dût s'entendre en ce sens que, pour écarter l'article 413, il faudrait une prescription contraire formellement exprimée dans la loi; car il est certain que cette intention contraire peut s'induire de l'ensemble de la réglementation adoptée, comme par exemple en matière de droits réels, alors même que la loi n'eût pas formelle-

tout autre droit, en tant que la loi ne prescrit pas une réglementation différente.

---

ment rejeté, par un texte exprès, la disposition de l'article 413 et l'application par voie d'analogie des règles relatives à la cession de créance. La question pourrait donc se poser au sujet par exemple des articles 2033 et suivants, bien qu'ici il paraisse à peu près certain que l'article 413 doive s'appliquer sous forme supplétive. De sorte qu'en réalité c'est surtout pour les droits non réglementés par le Code civil que l'article 413 trouve son application véritable, tout au moins qu'il y aura lieu à application intégrale de la théorie de la cession de créance : par exemple, pour ce qui est des droits d'auteur et par conséquent de la propriété littéraire (loi du 11 juin 1870, § 3); de même en matière de propriété artistique (loi du 9 janvier 1876, § 2); de propriété industrielle (loi du 11 janvier 1876, § 2); de photographie (loi du 10 janvier 1876, § 7), et autres hypothèses de ce genre. En matière de patente, voir la loi du 7 avril 1891, § 6, § 19 al. 2. Il y a lieu de remarquer en outre que le premier Projet (art. 312 P[1]) visait non seulement la transmission, mais la mise en gage des droits, assimilation qui a disparu dans le second Projet (art. 356 P[2]). On s'est contenté de renvoyer au Code de Procédure (art. 857 C. Pr. all.; *Denk.*, p. 348) la disposition finale de l'article 312 P[1], portant qu'un droit qui serait inaliénable par lui-même pourrait cependant, à moins de prescription contraire, être donné en gage, pourvu qu'il fût susceptible d'une jouissance qui pût être exercée par un autre que le titulaire du droit.

SECTION CINQUIÈME.

DE LA REPRISE DE DETTE.

Art. 414. Une dette peut être reprise par un tiers par voie de contrat passé avec le créancier, de telle manière que le tiers entre au lieu et place du précédent débiteur.

Art. 414. § I. Pour la Bibliographie de cette matière, voir surtout Gaudemet, *Transport de dettes* (cité par abréviation, *Gaud.*); Wind., édit. 1900, II, § 338; Coviello, dans *Archivio giuridico*, LVI, 287 et suiv., LVII, 89 et suiv., 374 et suiv.; Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, § 26 et suiv., et articles de Blume et Regelsberger, dans *Iher. Iahr.*, ann. 1898 et 1899.

§ II. Le Code allemand fournit la première réglementation législative de la succession à la dette considérée comme l'analogue, pour ce qui est du côté passif de l'obligation, de ce qu'est la cession de créance pour le côté actif. L'idée elle-même, indépendamment du mécanisme destiné à la mettre en œuvre, fut longtemps considérée comme irréalisable. La personnalité du débiteur était regardée comme un élément tellement essentiel au contenu de l'obligation qu'elle était censée ne pouvoir changer sans que l'obligation en fût transformée. D'autre part, s'il est possible de transmettre une valeur active, en l'assimilant à une chose que l'on transporte d'un lieu dans un autre, on ne concevait pas comment on imaginerait le transfert d'un rapport purement passif, consistant pour un individu à subir une poursuite. Il ne peut y avoir, pour un nouveau débiteur, objectait-on, qu'acceptation de se soumettre aux mêmes poursuites, sans que l'on soit autorisé à dire que ce fût le rapport obligatoire existant à la charge du premier qui eût été mis à la charge du second par voie de transmission. De ces deux objections, il semble bien que ce soit la seconde qui ait subsisté le plus longtemps (cf. Gaud., p. 355 et suiv., p. 500). Et cependant toutes ces difficultés ne reposent-elles pas sur des conceptions purement intellectuelles, sinon exclusivement verbales, qui peuvent se modifier de la même façon qu'elles se sont formées, par un mécanisme d'idéologie pure? Du moment qu'une transmission de droit n'est jamais que par voie de fiction et d'analogie, même s'il s'agit de propriété,

assimilable au déplacement d'une chose matérielle, laquelle conserve son identité effective et réelle, bien qu'elle passe d'un lieu dans un autre, et qu'au fond il n'y a jamais, en matière de droits proprement dits, qu'admissibilité d'une identité de rapports juridiques purement idéale entre personnes différentes, on ne voit pas pourquoi il répugnerait à la logique de nos conceptions intellectuelles, souveraines maîtresses en ces sortes de créations, d'admettre la même identité, que le rapport existe à la charge d'une personne ou à son profit. La seule objection tangible restait donc uniquement celle tirée de ce qu'il y a d'essentiel pour le contenu même de l'obligation dans la personne de celui qui est obligé à la dette. Mais, à y regarder de près, on voit facilement que cette difficulté ne concerne que le mécanisme de l'opération, et non la conception même qui en constitue le fondement exclusif. Car ce qui est essentiel dans l'obligation, sauf pour certaines obligations de faire, c'est le résultat qu'elle doit atteindre, c'est-à-dire l'objet qui doit être fourni ou l'exécution qui doit être réalisée; ce n'est pas la personne par l'intermédiaire de laquelle cette prestation se trouvera effectuée : la personne n'est qu'un instrument d'exécution et une simple garantie de solvabilité. Si le créancier consent à abandonner un débiteur pour en accepter un autre, qui doive lui rester obligé sous les mêmes conditions, l'essence de son droit ne sera pas plus modifiée que s'il faisait remise de telle autre garantie de solvabilité, une caution ou une hypothèque. Toute la difficulté revient donc à associer le créancier à cette transmission du rapport passif de son droit et à ne pas admettre que le débiteur change et qu'il soit libéré, sans que le créancier ait été appelé à autoriser cette substitution. Mais cette question de l'intervention du créancier ne regarde que le mécanisme et le fonctionnement de l'opération, et non l'admissibilité, tant théorique que pratique, du résultat qu'on en attend. Ce résultat étant ainsi reconnu possible, restait le double problème législatif et doctrinal qui se pose à propos de toute institution nouvelle : en créer le mécanisme pratique et en construire la conception juridique. Le second côté du problème, à peu près exclusivement doctrinal, a donné lieu à une longue élaboration de la science juridique, dont le point de départ date des ouvrages de Delbrück et de Salpius, pour aboutir aux constructions modernes, la plupart inspirées de Windscheid. Quant au côté pratique, celui du fonctionnement même de l'opération, et à la réglementation de l'organisme qui dût y correspondre, on peut dire que c'est l'œuvre propre du nouveau Code civil. (Pour toute cette histoire doctrinale, voir Sal., *Obl.*, n°s 81 et suiv., n°s 105 et suiv.; et *Ann. Dr. comm.*, 1890, p. 11 et suiv.; et voir surtout Gaud., *loc. cit.*, p. 434 et suiv., p. 457 et suiv.)

§ III. On doit constater que le Code civil admet bien des façons différentes de substituer un débiteur à un autre ou d'adjoindre un débiteur à la dette. On peut en compter jusqu'à cinq, dont la première n'est acceptée qu'implicitement; c'est le mécanisme de l'ancienne novation par changement de débiteur, considérée comme créatrice d'une obligation nouvelle, soit à la place, soit à côté de l'ancienne, suivant qu'il s'agit d'une substitution ou d'une adjonction de débiteur. Mais il semble bien alors que la nouvelle dette, créée par contrat entre le créancier et le nouveau débiteur, reste absolument distincte de la première, soit au point de vue des exceptions, soit à celui des sûretés, qui s'y réfèrent.

§ IV. La seconde forme, celle qui produit le minimum d'effet, est la simple promesse de payement, en tant qu'elle se restreint à la création d'un pur rapport obligatoire entre le débiteur et celui qui accepte de payer à sa place. C'est l'opération que la doctrine désigne sous le nom d'«acceptation de payement» (*Erfullungsuebernahme*); le premier Projet en parlait également (art. 318 P[1]) sous le nom d'«endossement de dette» (*Schulduebernahme*) ou «reprise de dette». Cette expression se trouvait ainsi désigner aussi bien la simple promesse d'acceptation de payement que le transport de dette, opérant déplacement réel du rapport obligatoire. Aussi le premier Projet devait-il distinguer, l'une de l'autre, les deux opérations. Elles différaient d'abord par l'effet réel qu'elles pouvaient produire; ce dernier n'était réalisé que par le transport de dette proprement dit. Mais elles se différenciaient même au point de vue des obligations personnelles créées entre les deux débiteurs. Là où il y avait transport de dette, en dehors de l'effet réel de succession à la dette, lequel exigeait l'adhésion du créancier, le nouveau débiteur était personnellement obligé envers l'ancien à lui procurer sa libération. Cette obligation ne pesait plus sur le nouveau débiteur, là où il y avait simple acceptation de payement. Enfin, pour le cas où les parties eussent parlé d'endossement de la dette, sans spécifier laquelle des deux opérations elles visaient, le premier Projet avait tenu à fixer une présomption légale, laquelle était en faveur de la promesse d'exécution, ou simple acceptation de payement. Mais la seconde Commission avait rejeté, même en matière de transport de dette, l'obligation pour le nouveau débiteur de procurer la libération de l'ancien, de sorte que, sous le rapport des obligations personnelles qui en résultaient, les deux opérations étaient mises sur le même pied. Aucune n'était plus onéreuse que l'autre. Aussi le Code civil a-t-il cru désormais inutile d'établir une présomption légale en vue de donner la préférence à l'une plutôt qu'à l'autre. Seulement la promesse d'exécution pouvait elle-même présenter deux variétés, suivant que les parties auraient

entendu ou non lui faire produire effet à l'égard du créancier. Il pouvait se faire, ou bien que ses effets dussent se restreindre entre les parties, le nouveau débiteur s'étant obligé à la place de l'ancien, ou bien que le créancier eût acquis le droit de poursuivre le nouveau débiteur. Dans ce dernier cas, lorsque les parties entendent donner cette portée à leur convention, la promesse d'exécution devient une véritable stipulation pour autrui, au sens propre de la terminologie du Code civil. Aussi y avait-il lieu, pour le cas où l'on se trouverait en présence, non pas d'un transport de dette, mais d'une promesse d'exécution, d'établir une nouvelle présomption pour savoir si elle ne produirait ses effets qu'entre les parties, ou si elle dût constituer une véritable stipulation pour autrui, créant un droit immédiat et direct au profit du créancier. La question a été tranchée par l'article 329. Nous avons ainsi deux nouvelles formes de la série qui nous occupe : simple promesse d'exécution, ou promesse d'exécution formant stipulation en faveur du créancier (cf. note sous art. 329).

§ V. Sous ce dernier aspect, la promesse d'exécution produit une adjonction de débiteur, ce que l'on a quelquefois appelé le transport cumulatif. Mais, au fond, il n'y a pas transport de la dette. Aussi devait-on se demander quelle allait être la situation de ce nouveau débiteur par rapport au créancier. L'assimilerait-on à une caution ou à un débiteur solidaire? C'est cette dernière solution qui paraît devoir l'emporter (Pl., 199).

§ VI. Les deux derniers procédés de la série sont ceux qui ont pour effet précisément de réaliser une véritable succession à la dette, donc un transport ou une cession à proprement parler. C'est à eux que s'applique exclusivement la section relative au transport de dette. Ce résultat de caractère réel peut se réaliser d'abord par un contrat conclu entre le nouveau débiteur et le créancier (art. 414); c'est l'ancienne *expromissio*, depuis longtemps dégagée des conceptions primitives de la novation, et considérée comme opérant transfert de dette. Le créancier a qualité, en effet, pour faire passer la dette de la personne de l'ancien débiteur à la personne d'un nouveau qui la prenne à sa charge. Beaucoup d'auteurs auraient voulu qu'on s'en tînt à cette conception : le créancier seul aurait qualité pour opérer le transfert. Mais le Code civil a consacré et accepté un autre procédé de transfert, celui-ci proposé par Delbrück, et se réalisant par un contrat passé entre les deux débiteurs exclusivement, l'ancien et le nouveau, cédant et cessionnaire, comme c'est le cas en matière de cession de créance. Restait à réserver le droit d'intervention du créancier. Il est vrai que celui-ci n'interviendra plus pour réaliser le transfert et conclure le contrat réel d'aliénation, comme dans l'article 414,

Art. 415. Lorsque la reprise de dette a été l'objet d'une convention passée par le tiers avec le débiteur, son efficacité dépend de

---

mais pour confirmer la cession déjà effectuée, et par suite, pour en fixer les effets à la date de la convention de transfert entre les débiteurs (art. 416).

§ VII. Il n'est pas douteux que le terme de *cession de dette*, déjà employé à différentes reprises dans les ouvrages de langue française, peut être considéré comme mieux adapté à la terminologie du droit français. Mais là où il s'agit de se rapprocher autant que possible de la pensée allemande et des formes qu'elle a revêtues dans la techique du Code civil, il était indispensable de traduire l'expression *Schulduebernahme* par «reprise de dette», comme l'a fait M. Gaudemet (*loc. cit.*, p. 494). Cf. Meulenaere, p. 111.

§ VIII. Il s'agit donc, dans l'article 414, comme on l'a vu (*supra* § VI), de l'ancienne *expromissio* avec effet de succession à la dette. Mais, ce qu'il faut remarquer, c'est que tout contrat de ce genre passé avec le créancier ne produit pas forcément transport de dette. L'article 414 dit qu'il en sera ainsi lorsque cet effet aura été voulu par les parties, ce qui implique que le contraire aurait pu être convenu par elles; et, dans ce cas, on reviendrait aux effets classiques de l'ancienne novation. Mais, bien que l'article 414 n'établisse aucune présomption légale à cet égard, il est certain que de la pratique ressortira une présomption de fait en faveur du contrat visé par l'article 414. Et les conséquences de cette succession à la dette par un procédé analogue à celui de l'ancienne *expromissio* se traduiront par l'application à l'hypothèse de l'article 414 de tous les effets admis par les articles 417 et suivants pour le cas de transport de dette en général.

Art. 415. § I. C'était pour l'hypothèse où le contrat de transport était conclu directement avec l'ancien débiteur que la construction doctrinale devenait délicate. Il était, en effet, impossible d'assimiler entièrement cette opération à celle de la cession de créance; dans cette dernière, la transmission se réalise par le seul fait du contrat entre cédant et cessionnaire, sans qu'il y ait à s'occuper de la personne du débiteur. Lorsqu'il s'agit de transporter la dette, on ne peut se passer de l'intervention du créancier. On ne peut à son insu et sans son consentement changer la personne de celui qui est son débiteur. En dépit cependant de ces difficultés, le premier Projet (art. 315 P[1] et *M.*, II, 143) avait accepté, de toutes les conceptions théoriques antérieurement proposées, celle, émise d'ailleurs par Windscheid et Regelsberger, qui se rapprochait le plus

l'approbation du créancier. Cette approbation ne peut intervenir que lorsque le débiteur ou le tiers ont donné communication de

---

des résultats de la cession de créance. De même que la créance est considérée comme une chose ou un bien que l'on aliène, de même en sera-t-il de la dette. C'est un rapport juridique dont on peut disposer. Celui qui est tenu comme débiteur peut disposer de sa situation de débiteur comme le ferait de la sienne celui qui est créancier. Seulement la situation de débiteur impliquant un droit corrélatif du créancier, et droit attaché à la personne, celui qui dispose de ce rapport passif, en le considérant comme une chose susceptible d'aliénation, dispose en réalité du bien d'autrui. Les effets de l'opération doivent donc être réglés d'après les principes applicables aux hypothèses où l'on a, sans pouvoir ni mandat, disposé du bien d'autrui. Ces hypothèses sont précisément celles visées par l'article 185, auquel il faut joindre les articles 177 et 182, où il est fait application de ce que les Allemands appellent le «principe de validation» (*Convalescenzprincip*). Cela revient à dire que l'acte de disposition subsiste, prêt à produire tous ses effets, mais que ces derniers dépendent de la ratification de l'intéressé. Celle-ci obtenue, le contrat initial développe ses conséquences à partir du jour où il est intervenu. Il devait en être de même au cas de cession de dette. Les parties ayant disposé d'un rapport juridique qui, par un de ses côtés tout au moins, constituait un droit pour le créancier, cet acte de disposition existe en tant que contrat d'aliénation, sauf à en subordonner l'efficacité à l'égard du créancier à la ratification de celui-ci. Seulement on considérait le cessionnaire comme s'étant personnellement engagé à procurer cette ratification; et, d'autre part, on n'admettait le créancier à la donner que sur un avis direct émanant des parties contractantes, ou tout au moins de son débiteur. Cette obligation rigoureuse du cessionnaire de rapporter l'adhésion du créancier avait cependant été écartée pour l'un des cas d'application les plus importants de la cession de dette, celui où il s'agit de l'acheteur d'un immeuble qui prend à sa charge les dettes personnelles du vendeur, en tant qu'elles sont hypothéquées sur l'immeuble. Tel était le système du Projet.

§ II. Il fut vivement combattu devant la seconde Commission, où l'on tenta de revenir à la conception classique des adversaires de la cession de dette, en tant qu'elle se réalise par contrat entre les deux débiteurs, celle d'une offre collective adressée au créancier. Le contrat passé entre les deux parties, en dehors du créancier, ne pourrait produire que des rapports obligatoires.

la reprise de dette au créancier. Jusqu'à l'approbation, les parties peuvent modifier ou supprimer le contrat.

Il vaudrait d'abord comme promesse d'exécution; mais, en outre, il contiendrait une offre adressée au créancier en vue de contracter avec lui une *expromissio*. Le cessionnaire ne s'engage plus envers le cédant à rapporter l'adhésion du créancier; il y a de sa part une offre de contracter avec ce dernier la convention prévue à l'article 414, la seule qui pût réaliser la succession à la dette, puisqu'il n'y a que le créancier qui ait qualité pour une opération de cette nature. Il y aurait eu là une application de la stipulation pour autrui, interprétée à la façon ancienne d'une offre de contrat adressée au tiers bénéficiaire. De plus, on paraissait admettre que le débiteur éventuel, n'étant lié qu'envers l'ancien débiteur et non envers le créancier, aurait toujours pu révoquer cette offre d'*expromissio*, tant qu'elle n'eût pas été réalisée par l'acceptation du créancier. En tout cas, celle-ci une fois intervenue, le transport de dette n'aurait produit ses effets qu'à la date de l'intervention du créancier, sans pouvoir remonter rétroactivement au contrat passé entre les deux débiteurs.

§ III. Cette conception fut d'ailleurs repoussée à une grande majorité. On la considéra à peu près unanimement comme ne correspondant absolument plus aux besoins de la pratique. Depuis longtemps, ces contrats de transmission du passif se passent entre débiteurs, sans que l'on mette en cause le créancier; et il était inacceptable que le débiteur nouveau ne pût être considéré dès le début comme lié objectivement envers le créancier, c'est-à-dire sous réserve de son adhésion; inacceptable surtout, une fois celle-ci intervenue, qu'elle n'eût pas effet rétroactif. Et cependant tout un parti intermédiaire se résignait assez mal à accepter la construction doctrinale du Projet, quoiqu'on fût assez disposé à se rallier pratiquement aux solutions adoptées. L'idée d'une disposition du bien d'autrui paraissait peu en rapport avec la réalité des choses. On posait en principe, comme dans le système précédent, que le contrat passé entre les deux débiteurs seulement ne pouvait produire que des rapports obligatoires, sans effet quant au déplacement de la dette. Mais on ajoutait que le futur débiteur, au lieu d'émettre une offre de contracter, fait une déclaration par laquelle il entend se lier déjà irrévocablement, déclaration qui porte sur l'acceptation de la dette à titre de titulaire passif; cette déclaration, il la mettrait en quelque sorte à la disposition du débiteur initial pour que celui-ci la présentât à l'adhésion du créancier. De cette façon, le futur cessionnaire

Si l'approbation est refusée, la reprise de dette est considérée comme n'ayant pas eu lieu. Si le débiteur ou le tiers invitent le

---

de la dette est déjà lié, éventuellement sans doute, mais irrévocablement; et d'autre part, c'est à l'ancien débiteur qu'il appartient de donner avis au créancier et de lui demander son adhésion. Dans cette conception surtout, il n'y avait plus lieu d'admettre à la charge du cessionnaire l'obligation de rapporter la ratification du créancier; et c'était là le reproche le plus sérieux que l'on eût fait au système du Projet. Le Projet avait considéré, s'il s'agissait d'un acte de disposition du droit d'autrui, donc d'un empiètement sur les droits du créancier, que le nouveau débiteur qui commettait cet empiètement, puisqu'il se substituait au débiteur initial, était personnellement obligé de faire ratifier l'acte de disposition ainsi réalisé. Mais cette obligation était en contradiction avec toutes les exigences de la pratique. Enfin, on ne comprenait pas, disait-on, s'il y a déjà disposition du droit d'autrui, que le créancier ne fût pas autorisé à donner sa ratification immédiatement et qu'il fallût pour cela attendre qu'il eût reçu avis du débiteur (cf. Blume, *loc. cit.*, t. 39, p. 401); et cependant cette dernière condition s'impose, parce que les parties veulent rester maîtresses du contrat. Aussi, toutes ces solutions, exigées par la pratique, étaient-elles présentées comme étant plus en harmonie avec la nouvelle construction proposée.

§ IV. Mais cette construction elle-même souleva de nouvelles objections. On lui reprocha de laisser dans l'incertitude le point peut-être le plus important, celui de savoir quel serait le caractère de l'adhésion donnée par le créancier. Le créancier, lorsqu'il accepte la déclaration émise par le tiers d'être son débiteur, procède-t-il à la ratification d'un acte antérieur, auquel cas il y aurait rétroactivité et le système ne différerait guère juridiquement de celui du Projet? Est-il, au contraire, censé conclure un nouveau contrat, tout à fait distinct, et qui serait l'analogue de celui de l'article 414, ce qui supprimerait la rétroactivité? D'autre part, cette dernière conception ne différerait qu'à peine de celle de l'offre collective, si ce n'est par cette idée d'un engagement, en quelque sorte unilatéral, du nouveau débiteur, déjà lié irrévocablement envers l'ancien. On fit observer, en présence de ces difficultés théoriques, que le point principal d'achoppement du Projet, l'obligation du cessionnaire de rapporter la ratification du créancier, n'était pas la conséquence forcée, comme on l'avait cru, de la conception doctrinale primitivement adoptée. Elle se rattachait, disait-on, à l'idée d'un empiètement sur les droits du créancier; or cet acte de dis-

créancier, sous désignation d'un délai, à faire sa déclaration au sujet de son approbation, l'approbation ne peut être déclarée

---

position du droit d'autrui était le fait du cédant tout autant que du cessionnaire. Et alors il n'y avait aucune raison pour que ce dernier fût obligé, personnellement, vis-à-vis du cédant, à obtenir ratification de leur empiètement collectif. Sous le bénéfice de ces observations, la majorité écarta toute obligation personnelle de la part du cessionnaire à l'effet de rapporter l'adhésion du créancier et de procurer à l'ancien débiteur sa libération; et le système du Projet étant corrigé à ce point de vue, on ne vit plus aucune difficulté à en maintenir la construction doctrinale, à la base de la réglementation du Code civil. L'idée d'une disposition du droit d'autrui reste donc encore la conception dominante, au moins d'après l'avis exprimé dans les travaux préparatoires (*Pr.*, 406 à 412, et Gaud., *loc. cit.*, p. 499 et suiv.). Il est vrai que les auteurs ne se considèrent pas comme liés, au point de vue de la construction doctrinale à admettre, par les travaux préparatoires. Et c'est ainsi que plusieurs d'entre eux, Blume et Hellwig entre autres, veulent en revenir à l'idée d'un contrat distinct, conclu par le créancier lui-même au moment de l'adhésion qu'il donne à l'acte passé entre les deux débiteurs et que l'article 415 aurait inexactement qualifiée de ratification ou d'approbation. On veut transformer l'avis donné au créancier en une offre de contracter, et l'adhésion de celui-ci en une véritable acceptation. Mais on a objecté à cela que les termes mêmes de l'article 415 ne se prêtaient guère à cette liberté d'interprétation, même à ne prendre que le point de vue doctrinal (cf. Kipp sur Windscheid, II, p. 373, et Scholl., p. 401-402; Crome, II, § 202, note 21; Eck, *loc. cit.*, § 71, p. 404, note 1).

§ V. Il résulte du système qui a prévalu que le transfert de dette par contrat passé avec le débiteur produit un double effet, l'un personnel, l'autre réel. En tant que constitutif de rapports personnels, il crée entre le cessionnaire et le cédant un lien d'obligation, dont l'étendue sera désormais exactement la même que lorsqu'il y a simple promesse d'exécution au sens de l'article 329. Elle consistera surtout dans le fait que le cessionnaire doit payer aux lieu et place du débiteur, et par suite le garantir contre toute poursuite, mais sans qu'il y ait engagement de lui procurer de la part du créancier sa libération avant échéance de la dette. L'effet réel consistera en ce qu'il y a une aliénation déjà réalisée, aliénation portant sur le côté passif du droit. Ce contrat réel d'aliénation, en tant qu'il se distingue des conventions personnelles qu'il implique,

qu'avant expiration du délai; faute de cette déclaration, elle est considérée comme étant refusée.

---

est un contrat abstrait, valable indépendamment de sa cause et analogue sous ce rapport au contrat de cession de créance, par application de l'article 413 (cf. art. 417, al. 2).

§ VI. Il est vrai qu'à l'égard du créancier l'efficacité en est subordonnée à l'approbation de ce dernier (art. 185); mais celle-ci ne peut intervenir qu'après notification à lui adressée. Jusque-là, les parties restent maîtresses du contrat, non le cessionnaire à lui seul, puisqu'il est déjà lié objectivement, et lié à la dette, mais le débiteur, ou les deux parties conjointement, suivant les clauses adoptées. De droit commun, c'est le débiteur cédant qui aura seul le droit de notification. On avait fait de cette solution, comme on l'a vu, une objection pressante contre l'idée d'un acte de disposition du droit d'autrui. La Commission aura pensé sans doute que, si l'on disposait sans qualité ni mandat du droit d'autrui, il n'y avait rien de contradictoire à se réserver le droit d'annuler l'acte, sans que le tiers ait déjà un droit acquis à le prendre pour lui. Cette notification sera, d'ailleurs, un acte unilatéral rentrant sous l'application des articles 130 à 132. Quant à l'adhésion du créancier, elle est donnée en général sous forme de ratification postérieure, seul cas prévu par l'article 415. D'après la construction adoptée, elle ne constitue pas l'acceptation d'une offre de contrat, puisque l'avis donné au créancier n'est pas une offre de contracter. Aussi n'y aurait-il pas lieu d'appliquer à cette ratification, lorsqu'elle intervient entre absents, la disposition de l'article 147, d'après laquelle l'offre tombe après le délai normal d'acceptation, sans que celle-ci puisse encore intervenir une fois ce délai passé. L'avis du débiteur, dans l'hypothèse de l'article 415, n'est pas une offre susceptible de tomber conformément à l'article 147, et la ratification du créancier n'est pas une acceptation soumise aux mêmes conditions de délai (cf. Kipp sur Windscheid, II, p. 373). Il est parfaitement entendu d'autre part que cette notification aurait pu, sous forme d'autorisation préalable (art. 183), précéder le contrat passé entre les deux débiteurs; auquel cas, le transport de dette devient parfait, dès que ce contrat est conclu. Dans le cas normal, lorsqu'il y a lieu à ratification ultérieure, c'est-à-dire à approbation, le droit des parties d'annuler ou de modifier le contrat subsiste, non seulement jusqu'à la notification adressée au créancier, mais jusqu'à la ratification elle-même. Aussi est-il intéressant, si la ratification est envoyée par correspondance, de rappeler l'application de l'article 130. Puis, cette rati-

Tant que le créancier n'a pas accordé son approbation, le reprenant est considéré, dans le doute, comme obligé envers le débiteur à désintéresser le créancier en temps utile. Il en est de même si le créancier refuse son approbation.

---

fication intervenue, elle a effet rétroactif, dans la mesure de l'article 184. Le Projet n'indiquait pas, il est vrai, quel serait l'effet du refus de ratification : laisserait-il subsister l'effet réel du transfert de dette, de telle sorte que, le créancier changeant d'avis et envoyant sa ratification, le cessionnaire se trouverait forcément lié vis-à-vis de lui, ou bien cet effet réel se trouverait-il non avenu par le fait même? La seconde Commission a cru devoir régler la question et la trancher dans ce dernier sens pour plus de certitude à l'égard des parties. Il peut se faire, en effet, que, sur le refus du créancier, le contrat initial ait été considéré comme non avenu et que le cessionnaire accepte de payer en argent au débiteur ce qu'il devait payer au créancier. Il fallait donc que la ratification ultérieure de celui-ci ne pût pas mettre obstacle à des combinaisons de cette nature (*Pr.*, 412). D'ailleurs, pour mettre fin à ces incertitudes, chaque partie peut fixer un délai au créancier, en le sommant de répondre avant son expiration; sinon, son silence vaudrait refus de ratification. Aucune durée légale n'est ici imposée par la loi; on n'ajoute même pas que ce devrait être un délai convenable : tout est laissé à la volonté des parties. Seulement, l'article 415 n'indique pas, comme le fera l'article 416, que, pour couper court à toute incertitude, la partie qui aura fixé le délai ou qui, même à défaut de délai, aura donné avis du transfert de dette au créancier, et qui aurait reçu la réponse de celui-ci, soit dans le sens de l'acceptation, soit dans le sens contraire, devrait en avertir l'autre partie. Mais Planck est d'avis que les rapports de loyauté et de bonne foi qui doivent régler l'exécution des contrats entre les parties (art. 242) imposent cette obligation, sauf, si elle n'est pas remplie, à se placer, pour apprécier la responsabilité qui en résulte, à ce point de vue des exigences de la bonne foi elle-même et non à celui d'une violation pure et simple d'une observance légale (Pl., p. 201-202). Il faut noter enfin que, à moins d'intention contraire, le refus du créancier, lequel met à néant le contrat réel de transfert, laisse subsister les rapports personnels d'obligation impliqués dans l'acte de cession et par suite tous les engagements du cessionnaire par rapport au cédant (art. 415 *in fine*).

Art. 416. Si l'acquéreur d'un fonds, par contrat passé avec l'aliénateur, reprend une dette de celui-ci pour garantie de laquelle existe une hypothèque sur le fonds, le créancier ne peut accorder son approbation à la reprise de dette que lorsque l'aliénateur lui aura donné communication de cette dernière. Lorsque six mois se sont écoulés depuis réception de cette communication, l'approbation sera considérée comme accordée si, avant cette échéance, le créancier ne l'a pas refusée par déclaration envers l'aliénateur; la disposition de l'article 415 al. 2 pr. 2 ne reçoit pas application.

La communication, de la part de l'aliénateur, ne peut intervenir qu'après inscription de l'acquéreur au livre foncier comme propriétaire du fonds. Elle doit nécessairement être faite par écrit

---

Art. 416. § I. L'article 416 règle une des hypothèses les plus importantes dans lesquelles la pratique faisait depuis longtemps application du principe de la succession à la dette (Sal., p. 72, note 1, p. 103 et suiv.; Coviello, *loc. cit.*, 57, p. 130 et 171, et Gaud., p. 446, 478 et 528 et suiv.), celle de l'aliénation d'un immeuble grevé d'hypothèques avec délégation du prix, comme nous dirions en droit français, aux créanciers hypothécaires; la pratique allemande disait : avec reprise des dettes, hypothéquées sur le fonds, par l'acquéreur de l'immeuble. Le droit allemand s'est fait de la dette hypothécaire une conception très favorable à sa négociabilité, et d'après laquelle le côté réel de la dette l'emporte sur le côté personnel, de telle sorte que le droit hypothécaire du créancier devient le principal, la créance personnelle contre le débiteur n'étant plus qu'un accessoire de l'hypothèque; aussi la tendance est-elle de les réunir, au point de vue passif, sur la même tête, celle du détenteur de l'immeuble, et de les faire circuler l'une et l'autre avec le fonds, rien n'étant plus désavantageux que la situation d'un débiteur personnellement tenu à la dette alors que, depuis longtemps déjà, il a aliéné l'immeuble qui doit en répondre. De cette façon le détenteur devient à la fois débiteur hypothécaire et débiteur personnel, répondant sur l'ensemble de son patrimoine, au cas où il y aurait insuffisance de la garantie hypothécaire. Mais cette conception si pratique et si logique pour les dettes avec première hypothèque peut devenir bien dangereuse pour les créanciers de rang inférieur qui n'ont plus la cer-

et contenir l'indication que le reprenant sera substitué au lieu et place du précédent débiteur si le créancier ne déclare pas son refus dans les six mois.

---

titude d'être payés sur l'immeuble et qui, par suite, trouveront intérêt à avoir action contre l'ancien débiteur s'il est solvable, plutôt que contre le détenteur s'il n'offre pas les mêmes garanties personnelles. Telles étaient les nécessités diverses qu'il y avait à concilier. Et, sur ce point, les deux questions principales qui s'étaient posées en doctrine et en législation portaient d'abord sur les conditions d'acquisition d'un droit direct aux créanciers et ensuite sur les conditions de libération du débiteur primitif. Sur ce double point, une déclaration prussienne du 21 mars 1835 s'en tenait au minimum d'effet produit : le débiteur ne pouvait être libéré que s'il y avait contrat direct entre l'acquéreur et chacun des créanciers; sinon, au cas de transport conclu simplement entre vendeur et acheteur, le vendeur ayant acquis le droit d'obliger l'acheteur à payer aux créanciers, ceux-ci n'avaient d'action contre lui que par la cession de ce droit du vendeur. Mais en 1872, lors des lois hypothécaires prussiennes, l'article 41 de la loi du 5 mai 1872, aboutit au système exactement opposé, acceptant sur le premier point, celui du droit acquis aux créanciers, qu'il leur appartenait du jour même du contrat de cession entre vendeur et acheteur, en vertu des théories nouvelles sur la stipulation pour autrui, sans même laisser au vendeur le droit de faire dépendre cet effet d'acquisition directe d'une notification de sa part; et admettant sur le second point, celui de la substitution de débiteur, que cette dernière pouvait s'opérer sans intervention du créancier, sans même admettre que celui-ci pût s'y opposer par un refus pur et simple, et l'obligeant, pour s'y soustraire, de telle sorte que ce fût la seule forme de refus mise à sa disposition, à dénoncer et à exercer l'action hypothécaire dans un délai qu'on lui imposait, et d'ailleurs assez bref. On voulait, pour qu'il pût conserver son ancien débiteur, que la situation de celui-ci fût promptement liquidée et que son obligation personnelle ne pût se maintenir pendant trop longtemps après l'aliénation de l'immeuble. C'était soumettre le créancier hypothécaire à des conditions par trop rigoureuses; aussi le Projet (art. 318 al. 2 P[1]) revenait-il à un système tout différent, celui de l'assimilation pure et simple, en principe, au droit commun de la cession de dette. Il en résultait que le créancier hypothécaire ne pouvait devenir créancier personnel de l'acheteur, donc ratifier le transport de dette, que sur notification de ce transport (art. 315 al. 2 P[1]); et que d'autre part la

L'aliénateur doit, sur la demande de l'acquéreur, donner communication de la reprise de dette au créancier. Dès que l'approba-

---

substitution de débiteur ne s'opérait que par sa ratification, sans qu'on l'obligeât à la donner dans un délai déterminé et sans qu'il y eût de présomption soit de refus, soit d'acceptation, résultant de l'échéance d'un délai quelconque. La seule dérogation au droit commun de la cession de dette consistait en ce que l'acheteur ne répondait plus de l'acceptation du créancier; et l'on a vu d'ailleurs que cette restriction à l'obligation du cessionnaire est devenue la règle pour tout transport de dette, et non plus seulement pour celui qui serait conclu à l'occasion de la vente d'un immeuble grevé d'hypothèques.

§ II. La seconde Commission fut d'avis que cette assimilation au droit commun ne facilitait pas suffisamment la libération du débiteur et ne répondait plus aux exigences de la pratique et aux conceptions de la doctrine en matière hypothécaire. Aussi, sans vouloir forcer la main au créancier, comme sous le régime des lois de 1872, et par suite sans supprimer son droit d'intervention, on considéra que l'on devait cependant, par voie de présomption tout au moins, accepter plus facilement qu'il y eût ratification; de là l'admission d'un délai forcé à partir de la notification et à l'expiration duquel, si le créancier a gardé le silence, au lieu d'une présomption de refus, comme d'après l'article 415, il y a présomption d'acceptation. Pour empêcher la substitution de débiteur, il faut donc forcément que le créancier manifeste un refus formel dans un délai légal qui lui est imparti; seulement on ne subordonne plus la faculté de refus, comme sous le régime de 1872, à l'obligation d'exercer l'action hypothécaire. C'est le point capital du nouveau système; il était emprunté à la oi hypothécaire bavaroise du 29 mai 1886. C'est donc là, pour le cas visé par l article 416, la dérogation la plus importante apportée aux règles de droit commun de l'article 415. On avait bien proposé par voie d'amendement, pour le cas de refus du créancier, un système à peu près analogue à celui de 1872, le créancier devant, s'il refusait, exercer son action hypothécaire dans les six mois, en tenant compte bien entendu du moment à partir duquel celle-ci pouvait être exercée. C'était, toujours pour la même raison, ne pas prolonger indéfiniment l'obligation personnelle du débiteur, de sorte que, si le créancier trouvait avantage à maintenir un placement hypothécaire qui lui donnât pleine sécurité, il fallait dans ce cas qu'il renonçât à son ancien débiteur;et c'était toute justice. Mais on considéra que

tion se trouve avoir été accordée ou refusée, l'aliénateur doit informer de ce fait l'acquéreur.

---

cette certitude est loin d'être toujours acquise avec cette netteté, toute théorique, surtout pour les créanciers de rang inférieur, et que les obliger à prendre parti, entre le prolongement de la dette avec substitution de débiteur ou l'accélération des poursuites avec recours subsidiaire contre l'ancien débiteur, était les mettre dans une situation de nature à constituer une atteinte formelle à leur droit initial. Aussi l'amendement fut-il repoussé (*Pr.*, p. 415-416) et il ne restait plus qu'à organiser le fonctionnement pratique du système intermédiaire qui avait prévalu.

§ III. Tout d'abord, le système du délai légal impliquait le rejet de la faculté d'un délai à fixer au gré des parties, comme c'est le cas de l'article 415. Mais on admet une autre dérogation plus importante au droit commun, en ce que la notification du transport qui, en règle générale, peut émaner de l'un ou de l'autre, cédant ou cessionnaire, ne peut être faite ici que par le vendeur. On présume (mais ne serait-ce pas également vrai dans la plupart des cas de transport de dette?) que l'opération est dans son intérêt exclusif et que lui seul doit rester maître du contrat ou plutôt maître de choisir son moment pour faire courir le délai imparti pour le droit de refus du créancier; il est vrai que, si l'acquéreur tient à être fixé sur sa situation à cet égard, on lui réserve le droit de mettre l'aliénateur en demeure de faire la notification, mais il faut qu'il en fasse la demande, ce point ayant été vivement discuté devant la Commission (*Pr.*, p. 41). En réalité, cette réserve exclusive au profit du vendeur n'aboutit guère en pratique qu'à écarter, en ce qui concerne le vendeur, tout danger d'incertitude, tel qu'il eût pu résulter d'un droit parallèle de l'autre partie (*Pr.*, p. 415). Aussi pour compléter ce système, exige-t-on, si le créancier refuse son adhésion, que le refus soit adressé au vendeur, duquel en effet émanait la notification. Adressé à l'acheteur, il serait non avenu, ce qui serait d'une grande importance à raison de la présomption d'acceptation résultant de l'expiration du délai. Le texte toutefois ne dit plus qu'il doive en être de même si le créancier donnait sa ratification; même adressée à l'acheteur, elle devrait être considérée comme acquise (art. 182, cf. Pl., p. 203). Et, en tout cas, l'acheteur ayant grand intérêt de son côté à être fixé sur la décision du créancier, celle-ci, une fois adressée au vendeur, qu'il s'agisse de refus ou d'acceptation, doit lui être immédiatement communiquée (art. 416 *in fine*) : c'est la décision légale, omise dans

l'article 415 pour le cas de droit commun (voir note sous art. 415). Mais il faut admettre en outre, si l'acheteur n'a pas le droit de notification, qu'il pourrait toujours conclure avec le créancier un contrat direct de reprise de dette, celui de l'article 414 : il est vrai que la succession à la dette ne prendrait date qu'à ce moment (PL., p. 202).

§ IV. Toutefois, si le vendeur est seul maître de la notification, on lui impose certaines conditions de temps ou de forme : elle ne peut être faite avant l'immatriculation au livre foncier; et cela se comprend puisque le but de la loi est d'empêcher autant que possible la séparation de la dette personnelle et de la dette hypothécaire, et l'acheteur en effet ayant tout intérêt à ce que le créancier par une ratification prématurée ne puisse le poursuivre personnellement avant qu'il ne soit déjà tenu hypothécairement. Aussi la sanction de cette disposition devrait-elle être, non pas que la notification antérieure à l'immatriculation fût impuissante à faire courir le délai légal de l'article 416, mais qu'elle fût non avenue, en ce sens que la ratification qui interviendrait sur cette notification et avant inscription au livre foncier serait elle-même inopérante à l'égard de l'acheteur; mais ce point restera controversé (cf. PL., p. 203).

§ V. Quant à la forme, on exige qu'elle soit faite par écrit et il doit être donné avertissement exprès au créancier des conséquences de son défaut de refus avant expiration du délai : il fallait prévenir les surprises qui auraient pu constituer un danger sérieux pour les créanciers peu habitués aux affaires.

§ VI. Enfin, toute cette réglementation suppose qu'il s'agit d'hypothèque à proprement parler; on avait proposé de l'étendre aux cas exceptionnels où une dette foncière se trouverait accompagnée d'une créance personnelle; ce qui est tout à fait anormal. Aussi a-t-on fait observer que, s'il arrivait qu'il en fût ainsi, c'est qu'on aurait attaché à la considération du débiteur personnel une importance toute particulière et que par suite il faudrait s'en tenir, pour admettre qu'il y eût libération de ce débiteur initial, aux dispositions du droit commun de l'article 415 (*Pr.*, p. 418).

§ VII. La seconde Commission avait prévu le cas où le débiteur initial, étant resté débiteur personnel, serait amené, en dépit de l'engagement pris par l'acheteur, à payer la dette au créancier. Le premier Projet (*M.*, III, p. 722 sur l'art. 1092) n'avait pas cru devoir déroger, pour cette hypothèse, à la règle que la dette étant éteinte par le payement l'hypothèque s'éteint avec elle. On avait écarté l'idée de subrogation et encore moins voulait-on traiter en ce cas l'hypothèque comme une dette foncière au profit du débiteur qui eût payé le créancier. Mais ces objections ont été écartées par la seconde Commission,

Art. 417. Le reprenant peut opposer au créancier les moyens de défense qui résultent du rapport de droit existant entre le créancier et le précédent débiteur. Il ne peut faire compensation d'une créance qui appartiendrait au précédent débiteur.

---

sans qu'on fût allé jusqu'à l'idée d'une transformation en dette foncière. Il suffisait d'admettre ici la subrogation, comme on l'avait fait au cas de solidarité (art. 426). C'est ce que fit le second Projet par l'introduction de la règle générale de l'article 1071 P², devenu l'article 1164; aussi n'est-il plus question d'extinction de l'hypothèque au cas de payement de la dette que lorsque celle-ci est payée sur l'immeuble (art. 1181. Cf. *Pr.*, II, p. 418-419).

Art. 417. § I. Le droit d'opposer les exceptions et moyens de défense appartenant à l'ancien débiteur dérive du principe même de la succession à la dette; celle-ci passe au nouveau débiteur telle qu'elle existait chez l'ancien, donc avec les exceptions qui s'y trouvaient attachées. On aurait pu, il est vrai, tout en admettant cette idée de succession à la dette et d'identité de dette, présumer de la part du cessionnaire un contrat de reconnaissance d'existence de la dette relativement à la dette qu'on lui cédait; il s'engagerait à en admettre l'existence. Mais il aurait fallu pour cela une intention bien expresse de la part du cessionnaire; et il était inadmissible, en dehors de toute volonté formelle, de présumer une clause de ce genre. La vraisemblance est pour qu'il entende prendre la dette dans la mesure dans laquelle se trouvait tenu celui qui la lui cède. Ce principe avait paru si évident que le premier Projet s'était abstenu de le formuler d'une façon expresse (art. 316 P¹), s'étant contenté d'indiquer, sous forme dérogatoire, les exceptions qui ne passeraient pas au nouveau débiteur; et cela visait les exceptions tirées de la personne de l'ancien débiteur. Mais le Code civil ne connait plus d'exceptions de ce genre; de là le changement de rédaction du texte actuel, conforme d'ailleurs, pour une raison analogue, à celui de l'article 404; et d'ailleurs peut-être n'était-il pas inutile de poser la règle sous sa forme positive, ne serait-ce que pour écarter toute présomption possible relative au contrat de reconnaissance de la dette.

§ II. Cette règle toutefois ne pouvait pas s'appliquer à la compensation, puisqu'il n'y a pas compensation légale; le fait qu'une créance avait appartenu à l'ancien débiteur contre son créancier en même temps qu'il se trouvait

Le reprenant ne peut se prévaloir à l'encontre du créancier de moyens de défense tirés du rapport de droit, existant entre lui et

---

tenu de sa dette n'a pas suffi, tant qu'il n'y a pas eu déclaration de compensation, à éteindre la dette; donc celle-ci a passé intacte au nouveau débiteur. D'autre part, celui-ci ne peut invoquer pour éteindre sa dette une créance qui ne lui appartient pas à lui (art. 387). Et il n'y avait pas de raison pour admettre en sa faveur une dérogation au principe de l'article 387, analogue à celle de l'article 406 en matière de cession de créance; car ici il n'y a plus de surprise à l'encontre du débiteur par suite d'un acte du créancier qui soit de nature à faire tourner à son détriment la sécurité que lui donnait la réciprocité des deux dettes et le retard qu'il a mis de ce chef à opposer la compensation. En matière de cession de dette, c'est lui qui se met volontairement dans l'impossibilité, lui et son cessionnaire, de se prévaloir de la compensation; et quant au créancier, s'il voulait à son tour se plaindre d'une surprise de ce genre, il n'en aurait pas le droit, puisque en matière de cession de dette il est appelé à donner son adhésion. Bien entendu tout ce premier alinéa de l'article 417 s'applique sans distinction à tous les cas de transport de dette, que celui-ci dérive de l'hypothèse visée à l'article 414, ou de celle de l'article 415.

§ III. Le second alinéa de l'article 417 tranche, par le fait même de l'admission des conséquences qu'il consacre, la question de savoir si la cession de dette devrait être, comme la cession de créance, ou tout autre contrat de disposition, un acte abstrait, dégagé de sa cause; et la question ne pouvait guère être douteuse que pour le transport de dette opéré par contrat entre les deux débiteurs. C'est pour cette hypothèse qu'il y avait lieu de se demander si sa validité ne dépendrait pas de la validité même de l'acte plus complexe passé entre les deux débiteurs et qui lui sert de cause juridique, et de se demander par conséquent si les exceptions tirées de cet acte ou de ce rapport de droit ne seraient pas opposables même au créancier à qui cet acte est étranger par le cessionnaire de la dette. Ne pouvait-on pas dire, en effet, que les deux actes ne faisaient qu'un? Par exemple au cas de vente d'un fonds de commerce, ou de vente d'un immeuble avec reprise des dettes hypothécaires par l'acquéreur, la clause de cession ne fait-elle pas corps avec la vente? Ce n'était plus comme au cas de transport de dette par contrat passé avec le créancier (art. 414), contrat entièrement indépendant des rapports existant entre le nouveau débiteur et l'ancien, et au sujet duquel la question

le précédent débiteur, et qui eût servi de cause à la reprise de dette.

---

des exceptions tirées de ces rapports juridiques ne pouvait même pas se poser. Aussi, proposait-on d'admettre une différence pour le cas de cession par contrat entre les deux débiteurs (art. 415). Mais c'eût été renier le principe d'un véritable contrat de disposition ou d'aliénation, pour revenir implicitement au système de la stipulation pour autrui. Et au point de vue pratique, on fit valoir que le créancier à qui notification est faite de la cession est resté étranger à l'acte par lequel elle s'est réalisée entre les deux débiteurs, la vente par exemple à laquelle elle se rattache, et qu'il n'a pas été à même d'en apprécier les conditions de validité; que d'autre part enfin, si le droit du créancier contre le nouveau débiteur devait dépendre de l'exécution des obligations existant entre lui et l'ancien débiteur, on trouverait peu de créanciers disposés à ratifier une cession de dette. C'est ce qui se passerait si, au cas de vente d'immeuble avec reprise des dettes, l'acquéreur pouvait opposer au créancier une exception de refus de payement tirée de l'inexécution de la vente, l'exception *non adimpleti contractus*, ou encore lui opposer la résiliation de la cession elle-même en vertu de la résiliation de la vente, opérée conformément aux articles 325 et 326. Et alors, dans ce cas, il serait devenu parfaitement injuste de présumer la ratification du créancier dans le délai spécial et pour l'hypothèse particulière de l'article 416. Aussi la majorité s'est-elle ralliée à l'idée d'un contrat abstrait, indépendant de sa cause. Les seules exceptions opposables à ce titre par le débiteur sont celles tirées de la cession de dette elle-même, en tant que contrat distinct de l'acte plus complexe dont elle fait partie. Il est vrai que sur bien des points les exceptions tirées de l'acte pris dans son ensemble atteindront également la clause qui se trouve en faire partie, par exemple au cas de défaut de consentement ou d'incapacité. Mais il n'en sera pas ainsi de toutes les exceptions se rattachant à l'acte principal; on l'a vu pour celles qui résulteraient de son inexécution.

§ IV. Enfin, bien que l'article 316 P[1] n'eût visé à cet égard que le transport par contrat entre les deux débiteurs, l'article 417 parle de transport de dette en général, en vue de comprendre également l'hypothèse de l'article 414. Ce n'est pas, comme on l'a vu au cours de la présente note, que pour le cas de l'article 414 la question ait jamais été douteuse; mais on a craint l'argument *a contrario* que l'on aurait pu être tenté de tirer d'une rédaction analogue à celle de l'article 316 P[1]. (Sur tous ces points, *Pr.*, p. 420-421.)

Art. 418. Par suite de la reprise de dette s'éteignent les cautionnements et droits de gage constitués au profit de la créance. S'il

---

Art. 418. § I. De l'idée de succession à la dette devrait résulter que la dette passe au cessionnaire avec toutes les sûretés et droits accessoires qui la garantissent. Le premier Projet appliquait ce principe, en effet, aux droits accessoires (art. 317 P[1]). On a trouvé le mot équivoque; aussi l'a-t-on supprimé, comme on l'a fait pour l'article 401, en matière de cession de créance; et, pour la cession de dette, comme pour cette dernière, on a préféré procéder par voie d'énumération. Aussi, semblerait-il, à lire cette énumération, que le principe nouveau de l'article 418 est juste à l'inverse de la règle de l'article 317 P[1], puisque cautions, gages et hypothèques, tout va disparaître. Il n'en est rien, grâce à la restriction qui suit, et en vertu de laquelle il ressort au moins cette solution que le gage ou l'hypothèque constitués par le débiteur, alors qu'il était encore au moment de la cession elle-même propriétaire de l'objet soumis à cette affectation de garantie, sont maintenus. Ce sera donc le cas ordinaire; le principe d'extinction ou de disparition ne s'appliquera guère qu'aux sûretés personnelles d'une façon générale, ou, s'il s'agit de sûretés réelles, à celles qui auraient été constituées par un tiers pour le débiteur. C'est tout au moins la distinction de fait qu'on a eue en vue. Reste à préciser les détails.

§ II. Cette idée qu'il dût y avoir extinction des sûretés personnelles sans distinction et également des sûretés réelles fournies par autrui date du premier Projet; on se fondait sur le caractère personnel du service rendu par le constituant, lequel avait bien voulu s'engager pour le débiteur et non pour un autre, et qui risquait de voir sa situation s'aggraver si le cessionnaire de la dette était plus négligent que l'ancien débiteur et se trouvait en retard à l'échéance. Il y avait eu un acte de confiance personnelle qui ne pouvait plus s'appliquer avec le même caractère aux successeurs à titre particulier du débiteur initial. Mais ces raisons n'en soulevèrent pas moins quelque contradiction devant la seconde Commission, tout au moins pour le cas où la caution eût renoncé au bénéfice de discussion, et eût accepté par conséquent d'être poursuivie avant le débiteur. Celui qui a fourni la garantie en pareil cas n'a pu s'attendre à ce que le débiteur payât le premier : c'est la garantie personnelle ou réelle qui devait payer pour lui; dès lors la personne du débiteur et sa solvabilité importent peu. On ne peut plus dire que la cession de dette soit une modification du contrat primitif; tout ce qu'il y

existe une hypothèque comme garantie de la créance, l'effet sera le même que si le créancier renonçait à l'hypothèque. Ces dispo-

---

ait lieu d'exiger c'est qu'elle n'aggrave pas la responsabilité des répondants du débiteur (art. 767). Aussi proposait-on de ne pas étendre cette dernière aux aggravations qui pourraient résulter du changement du débiteur, telles que la faute ou la demeure du nouveau débiteur. Et l'on voulait ainsi faciliter les cessions de dette, qui risquaient fort de n'être jamais ratifiées au cas de sûretés provenant d'un tiers, puisque le créancier par sa ratification perdrait ses meilleures garanties (*Pr.*, p. 421 et suiv.). Mais cet amendement fut repoussé, vu que les cautions, en s'engageant, de même que ceux qui fournissent un gage pour le débiteur, ne l'ont pas fait seulement dans la certitude que le débiteur payerait le premier sur ses biens, mais qu'il payerait à l'échéance et que le créancier n'aurait aucun recours subsidiaire à exercer : certitude toute personnelle par conséquent, qui ne peut s'appliquer à un débiteur nouveau, et qui dès lors ne dépend plus de savoir, en matière de cautionnement, si la caution avait ou non le bénéfice de discussion. Le principe du premier Projet a donc été maintenu. Et pour mieux l'affirmer, dans la revision du second Projet (*cf.* art. 361 P², et art. 462 P³), il a été appliqué aux hypothèques, ce qui allait de soi; mais, s'il n'était pas indispensable de le dire, il importait tout au moins d'indiquer ici quel serait l'effet de la règle. En parlant des cautions et des gages, on avait employé le mot d'extinction, alors qu'en réalité, puisque l'efficacité du transport de dette vient de l'adhésion du créancier lui-même, il y aurait plutôt lieu de parler de renonciation de la part de celui-ci. Et ce n'était pas une simple question de mots en matière d'hypothèque, puisque là où il y a renonciation, l'hypothèque ne s'éteint pas, et qu'elle revient au propriétaire (art. 1168), sauf le cas de l'article 1175. Il y avait donc lieu d'appliquer ici les mêmes solutions, toutes les fois que le propriétaire du bien hypothéqué à la dette n'eût pas concouru à la cession ou donné son consentement à l'opération. Voilà pourquoi l'article 418 déclare, s'il s'agit d'hypothèque, que l'effet, au cas de cession de dette, sera le même que si le créancier eût renoncé à l'hypothèque. Enfin toutes ces solutions impliquaient, bien entendu, par le fondement même qui en était donné, qu'il s'agissait de sûretés constituées volontairement par acte juridique passé avec le tiers qui les avait fournies, et non de sûretés légales : voilà pourquoi, au lieu de parler de sûretés existant pour la garantie de la créance, on a parlé de sûretés constituées dans ce but. Seulement la règle

sitions ne s'appliquent plus si la caution ou celui à qui l'objet affecté à la garantie de la dette appartient au moment de la reprise de la dette a donné son autorisation à cette dernière.

---

allait comporter une exception considérable, c'est sur ce point que la réglementation nouvelle va profondément différer de celle du premier Projet.

§ III. Celui-ci prévoyait une double catégorie d'exceptions, une première commune aux cautions et aux gages, et une seconde aux gages seulement. La première visait le cas où la garantie, gage ou caution, n'eût pas été fournie en considération de la personne du débiteur; la seconde Commission a jugé qu'il y avait là une distinction impossible à faire dans la pratique et qui serait la source, puisque tout reposerait sur une question d'intention à peine révélée à l'extérieur, de difficultés considérables. Aussi a-t-on repoussé cette première catégorie d'exceptions et a-t-on préféré rappeler le principe, qui d'ailleurs ne pouvait faire aucun doute, du maintien des cautions si celles-ci eussent donné leur consentement à la cession. Puisque d'après l'idée même de succession à la dette ce transfert des sûretés et accessoires aurait dû être la règle, ce ne pouvait être que pour une raison de considération personnelle qu'il y avait été fait exception; cette exception disparaît là où les intéressés acceptent le transfert.

§ IV. La seconde dérogation apportée par l'article 317 P[1] à la disparition des sûretés accessoires visait le droit de gage et s'appliquait dans le cas où, lors de la cession, le gage eût appartenu au débiteur : là encore il y avait maintien du gage. On prévoyait ainsi deux hypothèses, celle où la chose donnée en gage eût appartenu au débiteur lors de la constitution du droit, ce qui suppose qu'il aurait ainsi donné en gage un objet lui appartenant, et celle où, après coup, mais avant la cession, il fût devenu propriétaire d'un objet constitué en gage par un tiers en garantie de sa dette à lui; et il faudrait en dire autant de l'hypothèque. La seconde Commission a très heureusement modifié cette formule qui aurait pu conduire à cette conséquence que, le transport se fût-il conclu uniquement avec le créancier, au cas par exemple de l'article 414, le débiteur initial, qui pourtant peut n'être pour rien dans cette convention, par cela seul qu'il eût été propriétaire de l'objet affecté à la dette, resterait tenu de la garantie réelle, tandis que, le gage eût-il été constitué jadis par un tiers, même par le nouveau débiteur, rigoureusement, d'après le texte, il se fût éteint. La seconde Commisison a adopté une formule qui fait disparaître cette double anomalie, exigeant que celui qui est propriétaire

Un droit de préférence attaché à la créance pour le cas de faillite ne peut être invoqué si une faillite vient à s'ouvrir par rapport au patrimoine de celui qui a repris la dette.

---

de la chose affectée en garantie, qu'il s'agisse de gage ou d'hypothèque, ait consenti à la cession, ou plutôt à la reprise de dette, afin de viser les deux hypothèses, celle de l'article 415 et celle de l'article 414. On ne distingue plus si c'est le débiteur ou un tiers à qui appartient la chose donnée en garantie; aussi exige-t-on l'adhésion, au mois implicite, de celui qui est propriétaire de la chose. Cette adhésion fera défaut dans le cas de l'article 414, s'il s'agit de gage ou d'hypothèque portant sur une chose appartenant au débiteur, à moins de supposer le concours de ce dernier au contrat, ce qui d'ailleurs arrive assez fréquemment en pratique (cf. Blume, *loc. cit.*, 39, p. 395, note 2); au contraire, il y aurait adhésion implicite dans tous les cas de cession entre les deux débiteurs (art. 415), toutes les fois que la chose, qu'il en eût été ainsi dès le début ou que cela fût résulté d'acquisition ultérieure, appartiendra à l'un ou à l'autre. Et, bien entendu, si elle appartenait à un tiers, caution réelle, le consentement donné par ce tiers au contrat de cession entraînerait maintien de la sûreté réelle, comme c'est le cas pour la caution personnelle. Seulement, ce qu'il importe de bien remarquer, c'est que, dans l'hypothèse même où le débiteur a constitué l'hypothèque, s'il a aliéné l'immeuble antérieurement à la cession, il y aura, ici encore, par le fait de la ratification du créancier, renonciation présumée à l'hypothèque. Et cependant on ne peut plus dire qu'elle ait été constituée par un tiers, en vertu d'un acte de confiance personnelle à l'égard du débiteur. Mais on a pensé qu'au point de vue pratique il sera très rare que l'acquéreur n'accepte pas de reprendre la dette sur son prix (art. 416), et que, s'il n'en est pas ainsi, c'est qu'il n'a consenti à acquérir l'immeuble, lequel reste hypothéqué pour la dette d'autrui, que dans la certitude que le débiteur payerait à l'échéance. Il pourrait donc y avoir atteinte portée à ses prévisions, s'il devait subir un changement de débiteur malgré lui.

§ V. Il allait de soi que les privilèges admis en matière de faillite (*Konk. Ord.*, art. 61), maintenus au cas de cession de créance, parce que ce changement de créancier ne modifiait en rien les rangs de préférence dans la faillite du débiteur (art. 401), ne pouvaient plus subsister à l'égard d'un nouveau débiteur, dont les relations antérieures avec le créancier ne justifiaient en rien, aux termes de l'article 61 *Konk. Ord.*, la cause de préférence invoquée

Art. 419. Si quelqu'un, par contrat, reprend le patrimoine d'un autre, les créanciers de celui-ci peuvent, à partir de la conclusion

---

par ce dernier, de telle sorte que cette attribution de privilège eût entraîné dans sa faillite à lui modification des rangs de préférence, par suite d'une simple convention de sa part, et en dehors des situations de fait auxquelles la loi attache cet effet.

Art. 419. § I. L'article 419 traite de l'acquisition par convention d'un patrimoine pris dans son ensemble et considéré comme universalité; c'est l'un des cas les plus fréquents et les plus pratiques dans lesquels se pose la question de succession aux dettes; vente de patrimoine à fonds perdu, acquisition de fonds de commerce, donation à titre universel. La pratique allemande acceptait depuis longtemps, contrairement aux solutions déduites des principes admis sur le fondement du droit romain, que les dettes suivaient le patrimoine et passaient à l'acquéreur, en ce sens que les créanciers avaient de plein droit action contre lui, tout en gardant leur ancien débiteur. Ils avaient deux débiteurs au lieu d'un. C'est également cette solution qu'accepte l'article 419. On aurait pu croire, puisque les dettes passent de plein droit à l'acquéreur, que cette solution impliquerait succession à titre universel au patrimoine lui-même, en ce sens que l'aliénation à titre universel se réaliserait par le seul fait du contrat, en tant que contrat d'aliénation; et, si l'article 419 laisse subsister la responsabilité de l'ancien débiteur, on pourrait croire que celui-ci a cessé d'être débiteur, puisque le texte parle de celui qui était jusque-là le débiteur, — il est devenu le précédent débiteur, — et qu'il ne répond plus des dettes que comme caution (cf. Scholl., 411-412). Mais ce n'est certainement pas cette solution que le Code civil a voulu admettre (*M.*, II, 141); car le contrat de succession au patrimoine que l'on a voulu viser est celui de l'article 311, lequel ne produit que des rapports obligatoires, et laisse les mutations de droit se faire pour chaque bien en particulier par le mode d'aliénation qui lui est propre. Seulement, ce contrat de succession au patrimoine renferme un contrat de succession aux dettes, de telle sorte que le transport des dettes se réalise d'un seul coup; et pour chaque dette le créancier acquiert *ipso facto* un droit d'action contre le successeur, sans perdre son ancien débiteur. Celui-ci restant encore débiteur de la dette, malgré l'expression employée par l'article 419, il n'en répond pas comme caution: mais les deux débiteurs sont tenus

du contrat et indépendamment de l'engagement du précédent débiteur, lequel se trouve maintenu, faire valoir également contre celui qui a repris le patrimoine les prétentions qui leur appartenaient au moment du contrat.

L'engagement de celui qui a repris le patrimoine se restreint au montant du patrimoine repris par lui, en y ajoutant les prétentions qui peuvent lui appartenir du chef du contrat d'acquisition.

---

comme débiteurs solidaires. Il n'est plus question de notification aux créanciers; car ceux-ci n'ont pas à opter entre les deux débiteurs de façon, s'ils acceptent le nouveau, à avoir à libérer l'ancien, ils les conservent tous deux; et, d'autre part, les parties n'ont plus à rester maîtresses du contrat, comme au cas de l'article 415. Il n'y avait plus de raison pour ne pas investir immédiatement chaque créancier d'un droit de poursuite contre le nouveau débiteur.

§ II. Toutefois, la responsabilité du successeur se restreint à la mesure de ce qu'il a recueilli: il ne répond des dettes que sur le patrimoine auquel il succède, et, dans le cas où les biens ne lui auraient pas encore été tous transférés, sur les droits et actions qu'il a relativement aux biens dont la transmission lui est due. Son obligation n'est pas seulement restreinte au montant de ce qu'il doit recueillir, *pro viribus*, elle ne peut s'exercer que sur les biens eux-mêmes qu'il doit avoir à recueillir, *cum viribus*. Seulement, il ne peut faire valoir cette limitation de responsabilité que conformément au système admis en matière d'hérédité, au moyen de l'exception de responsabilité limitée, telle qu'elle est réglementée par les articles 1990 et 1991. Le créancier qui poursuit l'intégralité de ce qui lui est dû n'a donc aucune preuve à faire. C'est au successeur de soulever l'exception de responsabilité limitée en prouvant que le patrimoine auquel il a succédé était insuffisant à couvrir les dettes. Et dans ce cas le patrimoine doit être restitué aux créanciers pour être placé sous saisie, conformément à la procédure d'exécution forcée. Le successeur se trouve être responsable vis-à-vis des créanciers de l'administration du patrimoine dont il a été mis en possession en vertu du contrat d'acquisition; et il en répond comme gérant d'affaires. Si lui-même a exécuté l'une des obligations comprises dans le passif du patrimoine, les créanciers doivent la considérer comme payée pour le compte du patrimoine lui-même, conformément à l'article 1979. Pour les détails de la réglementation, il n'y

Lorsque le reprenant invoque cette restriction de son engagement, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions des articles 1990 et 1991, établies en ce qui touche l'engagement de l'héritier.

L'engagement du reprenant ne peut être ni exclu ni restreint par convention passée entre lui et le précédent débiteur.

---

a d'ailleurs qu'à se reporter aux notes sur les articles 1990 et 1991, 1978 et 1979. Il suffit de noter que le terme de responsabilité (*Verantwortlichkeit*) ayant été réservé exclusivement pour les cas où il y a obligation délictuelle, il y aurait eu quelque impropriété à s'en servir pour traduire le mot *Haftung* du texte, bien que ce soit, en droit français, l'expression admise pour désigner l'engagement de l'héritier. Ce dernier terme a paru, cependant, plus approprié, bien qu'il ait déjà été utilisé pour rendre le mot *Verbindlichkeit* du droit allemand. Mais il se prête assez bien, en français, aux deux sens, celui qui vise l'obligation, en quelque sorte matérialisée et prise au point de vue concret, et celui qui en indique la mesure et l'étendue.

§ III. L'article 419 s'applique dès que le patrimoine ainsi transmis a été considéré comme universalité, et peu importe que quelques biens, isolément, en aient été distraits pour être réservés par l'ancien titulaire du patrimoine. Aussi l'article 419 ne suppose-t-il pas que l'acquisition eût porté, ni sur tout le patrimoine, ni sur tous les droits et objets qu'il comprend (cf. Pl., p. 208).

SECTION SIXIÈME.

DE LA PLURALITÉ DE DÉBITEURS ET DE CRÉANCIERS.

Art. 420. Lorsque plusieurs personnes doivent une prestation divisible ou que plusieurs personnes aient à poursuivre une pres-

---

Art. 420. § I. La règle d'interprétation de l'article 420 consiste en ce que, dans le doute, lorsqu'un rapport d'obligation se trouve présenter une pluralité de débiteurs ou de créanciers, au lieu de présumer la solidarité, on présume la division pour parts égales, soit de la dette, soit de la créance. Mais cette règle comporte un si grand nombre d'exceptions que le domaine d'application laissé à la présomption de l'article 420 est devenu extrêmement restreint.

§ II. Tout d'abord, il faut en excepter la plupart des dettes ou créances nées originairement d'un contrat conclu en commun (art. 427). Même pour celles qui auraient une autre origine et qui, par suite, à raison de la divisibilité de l'objet, seraient soumises à la présomption de non-solidarité de l'article 420, il faut écarter la règle dès qu'il y a succession à titre universel; non pas que, toutes les fois qu'il y ait succession partielle ou divise au rapport obligatoire, la solidarité doive intervenir. Car la règle de l'article 420 s'appliquerait encore au cas de cession partielle, soit de la dette, soit de la créance. Mais, si c'est par voie de succession à titre universel qu'une dette ou créance, même ayant un objet divisible, passe à plusieurs obligés ou ayants droit, héritiers du débiteur ou du créancier, la situation est assimilée à celle qui résulterait d'une dette qui eût porté initialement sur une chose indivisible (cf. art. 2039 et 432; art. 2058 et 431). Il faut enfin ajouter à ces cas de solidarité légale toutes les hypothèses de responsabilité délictuelle incombant à plusieurs à raison d'un même fait (art. 830 et 840).

§ III. D'ailleurs, même dans les cas où la présomption de l'article 420 n'est plus écartée par aucune des règles qui précèdent, il faut remarquer qu'elle ne s'applique que si l'objet de la prestation est divisible. Ce qui ne veut pas dire forcément que dans l'hypothèse inverse, lorsque la prestation est indivisible, il devra y avoir forcément solidarité, puisqu'il ne s'agit toujours que de présomptions comportant la preuve contraire. Tout ce que l'on doit dire

tation divisible, dans le doute, chaque débiteur n'est obligé que pour une part égale et chaque créancier n'a droit qu'à une part égale.

---

c'est que la présomption de l'article 420 ne s'appliquera plus : on n'est même pas autorisé à lui substituer une présomption contraire; et à supposer qu'en fait ce soit le résultat auquel doive aboutir la pratique, cette présomption de fait devrait céder, dans tous les cas, devant une preuve de non-solidarité, soit qu'elle dérive de l'interprétation de la loi au cas d'obligation légale, soit qu'elle dérive du contrat, dans le cas contraire. Et d'ailleurs, la distinction n'importe guère que s'il s'agit de créance (art. 432); car, au cas de dette commune portant sur une chose impartageable, il y a, d'après l'article 431, assimilation avec les dettes solidaires. Il reste donc cependant un intérêt pratique, qui n'est pas négligeable, ne serait-ce qu'au point de vue de l'application de l'article 420, à fixer le caractère de la divisibilité de la prestation. Le Code civil ne donne aucune définition à cet égard; il s'en remet aux conceptions courantes. Or tout le monde est d'accord pour admettre qu'il ne faut pas s'en tenir seulement à l'idée d'une divisibilité matérielle, laquelle ne se rencontrerait guère qu'en matière de dettes de genre, lorsqu'elles porteraient sur des choses fongibles. La conception généralement acceptée est que la prestation est divisible lorsqu'elle peut être exécutée par parties qui, au point de vue qualitatif, soient toutes identiques, de telle sorte qu'elles ne diffèrent du tout que sous le rapport quantitatif; dans ce cas, en les réunissant toutes ensemble, on obtiendrait un objet semblable à ce que serait le tout s'il eût été fourni en une fois. Il est bien certain que cet ensemble de conditions ne s'appliquera que rarement s'il s'agit d'obligations de faire, un ouvrage à construire par exemple, car les faits successifs qui concourent en quelque sorte à la prestation ne sont nullement identiques au tout par leur contenu. Il n'en serait plus de même s'il s'agissait de journées de travail fixées à un nombre déterminé. Et de même, si l'objet de la dette était un transfert de droit, par exemple une translation de propriété, précisément parce qu'il ne s'agit plus ici de divisibilité matérielle, mais de quotes parts idéales à fournir, la prestation serait essentiellement divisible. Du moment que la copropriété est possible, chaque débiteur peut fournir une part seulement du droit de propriété; le contenu juridique de chacune des parts sera identique au tout sous le rapport qualitatif et leur somme rétablirait l'unité de propriété. Mais il est rare, quoique le cas dans le droit allemand doive se présenter bien plus

fréquemment qu'en droit français, qu'une dette porte uniquement sur le transfert du droit; elle aura le plus souvent pour objet la remise de la possession, délivrance de la chose, ou restitution de l'objet. S'il s'agit d'un objet pris à titre particulier, au cas de dette de corps certain par exemple, devra-t-on considérer cette prestation, laquelle consiste dans un transfert de possession, comme divisible ou indivisible?

§ IV. On a fait remarquer que, théoriquement, un transfert de possession, du moment que l'on admet la possession indivise, c'est-à-dire tenue en commun (art. 866), devrait constituer une prestation de caractère divisible, au même titre que le transfert de droit, la transmission de propriété. Le débiteur, par exemple, qui doit livrer la possession d'un objet déterminé à plusieurs créanciers, pourrait ne fournir à l'un d'eux qu'une part indivise, de telle sorte que, par rapport au tout, il restât en copossession avec lui, dans la mesure des parts qui lui restent. S'il s'agit de plusieurs débiteurs, chacun pourrait ne fournir que sa part de copossession, et s'ils se réunissaient tous pour exécuter, à eux tous ils fourniraient la possession exclusive et totale à laquelle le créancier a droit. Ce n'est cependant pas cette solution que l'on considère comme étant admise par le Code civil, non pas que ce dernier dise expressément que l'obligation qui a pour objet une livraison de possession, lorsqu'il s'agit de corps certain, soit de nature impartageable et considérée comme indivisible. Seulement, cette conclusion est admise par les auteurs sur le fondement de l'article 432, qui traite, au moins au point de vue actif, de l'obligation indivisible, quoique non solidaire. Ce texte, en effet, après avoir parlé du cas où la prestation est impartageable, indique ce que peut faire chaque créancier individuellement lorsque la dette a pour objet un corps certain; on lui permet d'exiger la consignation. Il semblerait à première vue que cette seconde disposition fût conditionnée par la première et que l'on dût la traduire ainsi: «Lorsque la chose due constitue une prestation indivisible, chaque créancier peut exiger la consignation»; ce qui ne signifierait pas que le droit d'exiger la remise d'un corps certain, individuellement déterminé, fût toujours en soi une prestation indivisible. Mais on paraît à peu près unanimement d'accord pour considérer que, par cette seconde disposition, on a voulu dire que toutes les fois qu'il y aurait dette de corps certain, toutes les fois qu'il y aurait «une chose» due, à entendre cette dette d'une livraison de possession, chaque créancier, individuellement, aurait le droit d'exiger la consignation; ce qui reviendrait à dire qu'une dette de cette nature est toujours considérée comme indivisible. Il n'est pas très certain cependant que cette interprétation, en tant que construction grammaticale du texte, se dégage nettement des travaux

Art. 421. Si plusieurs personnes doivent une prestation de telle manière que chacune d'elles soit obligée à effectuer la pres-

---

préparatoires (cf. *Pr.*, p. 434, § K et p. 446). Quoi qu'il en soit, c'est celle qui prévaut, puisque la plupart des auteurs admettent que, sur le fondement de l'article 432, il faut considérer la dette de corps certain, en tant qu'il s'agit d'une livraison de possession de la chose due, comme une obligation indivisible (cf. Pl., 210-211, et Scholl., p. 418). Il est vrai, et c'est sans doute cette forme de raisonnement qui s'adapte le mieux au sens littéral du texte, que, s'il n'en était pas ainsi, on ne verrait pas comment un transfert de possession, portant sur une chose déterminée, peut être incapable d'exécution partielle, pas plus qu'on ne saurait l'imaginer pour un transfert de propriété. Si donc, dans l'article 432, on donne comme exemple de prestation indivisible le cas de dette de corps certain, c'est qu'il est tacitement sous-entendu que toute dette de ce genre, en tant qu'elle consiste dans la livraison de la possession elle-même, implique une prestation indivisible.

Art. 421. § I. L'article 421 donne la définition légale et technique de la dette solidaire, en rejetant désormais toute distinction analogue à ce qu'était celle du droit romain entre corréalité et solidarité. Il n'établit d'ailleurs aucune présomption légale relativement à la question de savoir si, des expressions destinées à désigner l'engagement, il doive y avoir lieu de considérer la solidarité comme prouvée : c'était à peu près inutile, vu la disposition de l'article 427 qui présume la solidarité par le seul fait qu'il y a engagement en commun par contrat. Dès lors peu importent les expressions employées. Mais la présomption de l'article 427 ne s'appliquerait plus s'il y avait engagement collectif par voie de promesse unilatérale, par exemple par souscription d'une dette au porteur; ce serait alors la présomption inverse qui s'imposerait, celle de l'article 420. Il faudrait donc faire résulter la solidarité des expressions employées par les signataires du titre pour caractériser leur engagement. Or la loi n'établit par rapport à ces expressions aucune présomption légale destinée à donner pour quelques-unes d'entre elles une interprétation favorable à la solidarité. Ce sera d'après l'usage qu'il faudra en apprécier le sens. Mais on sait déjà que la solidarité s'accommode parfaitement d'une diversité dans les modalités de chaque engagement, de telle sorte que l'un puisse être à terme ou conditionnel, alors que les autres seraient purs et

tation pour le tout, mais que le créancier ne soit autorisé à ne poursuivre la prestation qu'une fois (débiteurs solidaires), le créancier peut poursuivre la prestation contre l'un quelconque des débiteurs à son gré, pour le tout ou pour une partie. Tant que la prestation n'a pas été effectuée pour le tout, tous les débiteurs ensemble restent obligés.

Art. 422. L'exécution par l'un des débiteurs solidaires a également effet au profit des autres débiteurs. Il en est de même de

---

simples : l'admission de diversités de ce genre n'impliquerait donc aucune présomption contraire à l'idée de solidarité.

§ II. Quant à l'effet de l'engagement solidaire, il consiste en ce que le créancier peut à son choix poursuivre l'un seulement des débiteurs pour le tout ; il pourrait aussi ne le poursuivre que pour partie. Mais ce choix ne ressemble en rien à celui qui dériverait d'une alternative ; car le choix n'est jamais considéré comme irrévocable. Après avoir déclaré vouloir poursuivre tel débiteur, le créancier peut s'adresser à un autre ; et même le pourrait-il encore s'il eût déjà entamé les poursuites. Le choix subsiste tant qu'il n'a pas reçu payement intégral : tant qu'il n'y a pas eu exécution effective pour la totalité de la dette, la responsabilité solidaire de tous les débiteurs subsiste encore. C'est ce que dit expressément l'article 421 (cf. Sal., *Obl.*, n° 116). Aucun des débiteurs solidaires ne pourrait invoquer le bénéfice de division. Et s'il y a eu exécution partielle par l'un d'eux, les autres sont libérés dans la mesure où cette livraison a éteint la dette, et ils restent débiteurs solidaires dans la proportion où la dette continue de subsister (cf. Pl., p. 212).

Art. 422. Il est de l'essence de la solidarité que le payement et les modes d'extinction équivalant à payement produisent extinction de la dette par rapport à tous les débiteurs, et non pas seulement au profit de celui des débiteurs à l'égard duquel se sera réalisé le fait libératoire qui aura éteint la dette. Sinon, le créancier courrait la chance d'être payé deux fois, ce qui serait contraire à la définition même que l'article 421 donne de la dette solidaire. Cette extinction totale se produira donc par le fait de l'exécution en nature, ou de la dation en payement, ce qui correspond au payement, par le fait de la consignation opérée dans les conditions sous lesquelles elle produit libération du débiteur, et par celui de la compensation, lorsqu'elle aura été invoquée,

la prestation faite pour tenir lieu de payement, de la consignation et de la compensation.

Une créance qui appartient à l'un des débiteurs solidaires ne peut être compensée par les autres débiteurs.

Art. 423. Une remise de dette résultant d'une convention conclue entre le créancier et l'un des débiteurs solitaires a également

---

soit par le créancier contre le débiteur au profit de qui existe une créance réciproque, soit par celui des débiteurs qui se trouve titulaire d'une créance réciproque à l'encontre du créancier; et l'on sait que le débiteur n'a pas besoin d'attendre d'être poursuivi pour pouvoir déclarer la compensation. Seulement, s'il ne prend pas les devants, et que le créancier, voulant éviter cette déclaration de compensation, poursuive un des autres codébiteurs solidaires, celui qui sera ainsi poursuivi ne pourra pas exciper de la créance appartenant à son codébiteur pour l'opposer en compensation. Car, pour être admis à compenser, il faut que la créance appartienne à la personne même du débiteur; et ici le débiteur invoquerait une créance qui ne lui appartient pas (cf. Sal., *Obl.*, n° 123).

Art. 423. L'article 423 ne pose aucune présomption légale quant à la question de savoir si le contrat de remise de dette conclu entre le créancier et l'un des débiteurs doit avoir pour effet de libérer uniquement le débiteur au profit de qui la remise a été consentie, ou s'il doit avoir pour effet d'éteindre la dette dans sa totalité, donc par rapport aux autres. C'est au codébiteur qui invoque une remise de dette conclue avec l'un de ses codébiteurs solidaires à prouver qu'il s'agissait d'une remise absolue (Sal., *Obl.*, n°s 124-125). Il en serait de même de la transaction, dans la mesure où elle comprendrait une remise de dette. Et quant à la cession de dette, ou reprise de dette, elle peut être également absolue ou relative, devant avoir pour effet de libérer tous les débiteurs pour leur substituer à eux tous un nouveau débiteur, ou de ne libérer que l'un d'eux pour le remplacer par un autre. Si l'initiative en est prise par le créancier, c'est l'effet absolu qui devra être présumé, au moins en général; mais si elle se réalise par contrat passé avec l'un des débiteurs solidaires et son remplaçant, c'est l'effet purement relatif qui devra être admis, en dépit de la ratification du créancier (cf. Pl., 213). On peut seulement se demander, comme l'indique Schollmeyer (p. 424), si la noti-

effet au profit des autres débiteurs, lorsque les contractants ont eu l'intention de supprimer le rapport d'obligation pour le tout.

Art. 424. La demeure du créancier réalisée par rapport à l'un

---

fication adressée au créancier ne doit pas être considérée comme impliquant une offre de consentir, avec le nouveau débiteur, une cession de dette relativement aux engagements qui subsistent par rapport aux autres codébiteurs solidaires, de telle sorte que le cessionnaire de la dette, si le créancier accepte, doive devenir désormais seul et unique débiteur. Mais ce n'est que dans des cas très rares qu'une offre de ce genre pourrait être admise comme impliquée dans la notification (*Pr.*, 436).

Art. 424. § I. Le premier Projet (art. 326 P[1]) avait admis l'effet purement relatif de la demeure du créancier, de même que la demeure du débiteur ne devait produire ses effets qu'à l'égard du débiteur en demeure, sans répercussion à l'encontre des autres. Mais ce parallélisme a été combattu par la seconde Commission comme contraire aux usages et aux besoins de la vie. D'autre part, on a fait remarquer que, si le payement une fois effectué devait avoir effet à l'égard de tous, l'offre de payement devait présenter le même caractère. Il était inadmissible, lorsque l'offre de l'un des débiteurs venait d'être repoussée, que l'on obligeât tous les autres à renouveler une offre analogue et à provoquer un refus identique, pour être en droit d'invoquer les effets de la demeure d'accepter (*Pr.*, 436). Sans doute, par le fait seul que l'un des débiteurs offre de payer, le choix du créancier n'est pas supprimé et ce dernier pourra encore s'adresser à un autre des codébiteurs et le poursuivre; aussi ces codébiteurs doivent-ils conserver la chose pour être prêts à la livrer le cas échéant. Mais il est de toute justice, puisque le créancier, par ses retards injustifiés, prolonge en quelque sorte l'obligation à l'égard de tous, qu'il soit responsable vis-à-vis de tous de l'aggravation qui va en résulter pour tous. Aussi l'article 426 ne dit-il pas que le créancier soit en demeure vis-à-vis de tous, mais que, par le seul fait qu'il est en demeure vis-à-vis de l'un d'entre eux, les effets de la demeure se produisent au profit de tous les autres. Chacun des débiteurs pourra donc invoquer à son profit les effets admis par les articles 300 et suivants et de même, pour ce qui est de la consignation, pourra-t-il se prévaloir des dispositions des articles 372 et 383.

des débiteurs solidaires produit également effet au profit des autres débiteurs.

---

§ II. Seulement, comme on l'a fait remarquer, si les effets de la demeure d'acceptation sont collectifs, le fait qui la produit reste individuel et personnel à celui des débiteurs du chef de qui la demeure s'est réalisée; ce fait ne peut être considéré fictivement comme le fait des autres. Aussi les conditions qui s'y rapportent, soit de la part du créancier, soit de la part du débiteur, et desquelles dépendent, soit l'entrée de la mise en demeure, soit son exclusion, doivent-elles se réaliser par rapport à ce même débiteur personnellement. On l'a fait observer, par exemple, pour les hypothèses où une offre verbale peut suffire (art. 295). Si, par exemple, une offre verbale doit suffire, parce que le créancier aurait déclaré par avance qu'il refusait l'acceptation (art. 295), il faudra, pour que cette offre verbale soit constitutive de mise en demeure, qu'elle émane de celui seulement des codébiteurs auquel le créancier aura fait cette déclaration. Et de même, lorsque l'offre verbale est admise, parce que le créancier doit faire une démarche personnelle, telle que venir chercher son payement, si l'offre émane de l'un des débiteurs et que le créancier se présente chez un des autres pour toucher ce qui lui est dû, la demeure d'acceptation reste acquise et ses effets se produisent encore à l'égard de tous, tant qu'il n'y a pas libération effective. C'est que, pour écarter l'offre verbale émanant de l'un des débiteurs, ou plutôt pour en écarter les effets, il eût fallu que la démarche à intervenir de la part du créancier se produisît par rapport à ce même débiteur. Et alors, quand il s'agit de l'hypothèse de l'article 296, là où la mise en demeure du créancier se produit de plein droit par cela seul qu'à l'échéance du terme il n'a pas fait la démarche qui lui incombait, on paraît admettre, même s'il fait cette démarche par rapport à l'un d'eux, comme ce serait le cas s'il avait à venir chercher son payement au jour dit, qu'il est constitué en demeure à l'égard de tous les autres (cf. Pl., 214, et Scholl., 425). Ne pourrait-on pas soutenir cependant que, si le fait du débiteur qui produit la mise en demeure a effet à l'égard de tous, le fait du créancier qui écarte la mise en demeure doit avoir le même caractère de généralité et la même valeur absolue? Une question, sinon analogue, tout au moins très voisine, se pose d'ailleurs par rapport à la suppression de la demeure, la *purgatio moræ*, en ce qui concerne par conséquent, non pas le fait qui empêche la demeure de se réaliser, mais celui qui la fait cesser.

§ III. Il n'est pas douteux, en ce qui concerne cette suppression de la de-

meure, que, si le fait qui la produit se réalise par rapport à celui des débiteurs de qui émane la mise en demeure, les effets de cette dernière cesseront par rapport à tous les autres. Si par exemple le créancier se déclare prêt à accepter et qu'il adresse cette déclaration à celui qui avait fait l'offre, la demeure cesse par rapport à tous, et il n'est nullement nécessaire que le créancier adresse une déclaration analogue à l'égard des autres débiteurs. Car, vis-à-vis de ces derniers, il n'est pas en demeure. Ceux-ci profitent seulement des effets d'une mise en demeure qui existe par rapport à l'un d'entre eux, de telle sorte que, si elle disparaît, ses effets cessent à l'égard de tous. Par contre, il peut se faire que cette déclaration d'acceptation soit adressée à un autre que celui du chef de qui émanait l'offre. L'éventualité est d'autant plus indiscutable, que la demeure d'acceptation ne supprime pas le choix du créancier, et que l'offre faite à ce dernier ne saurait l'empêcher d'en poursuivre un autre parmi ses codébiteurs.

§ IV. La plupart du temps, cette déclaration d'acceptation se confondra avec une sommation adressée à l'un des autres, et qui, pour ce qui est de ce nouveau débiteur, le constituera en demeure de payer. Supprimera-t-elle la demeure d'accepter sous l'effet de laquelle se trouve le créancier? On aurait pu soutenir que les effets de cette dernière subsistent à l'égard de tous; mais il est difficile de l'admettre au moins en ce qui touche le débiteur sommé de payer. Le créancier, en effet, a gardé son choix quant aux poursuites; il a encore le droit de poursuivre et, par suite, de mettre en demeure tout autre débiteur. Le débiteur ainsi mis en demeure de payer ne peut prétendre que, par rapport à lui, le créancier soit en demeure d'accepter. Il n'en faudrait pas conclure cependant que la demeure du créancier fût supprimée à l'égard de tous, même par rapport au débiteur vis-à-vis duquel elle s'est produite. Ce dernier a donné naissance à une situation juridique existant vis-à-vis de lui personnellement et qui constitue pour lui un droit qui ne peut lui être enlevé que par une satisfaction qui lui soit acquise personnellement. Il n'y a donc qu'une solution possible, c'est que les effets de la demeure du créancier ne sont supprimés que par rapport au débitenr qui a reçu la déclaration du créancier; dans les cas, en effet, où cette déclaration impliquerait une sommation de payer, on verra que cette demeure du débiteur lui reste purement personnelle (Scholl., 425-426, et Pl., 213-214; cf. sur art. 425, note § II). Même solution si, après avoir déclaré à l'un des débiteurs qu'il n'accepterait pas et avoir reçu de lui une offre verbale, le créancier se déclarait prêt à accepter d'un autre et qu'il sommât cet autre de payer. Les effets de la demeure du créancier seraient maintenus par rapport aux autres.

Art. 425. Les faits autres que ceux désignés aux articles 422 à 424 ne produisent effet, tant qu'une solution différente ne ré-

---

Art. 425. § I. L'article 425 pose en principe, au moins sous forme de présomption, que la dette ne s'éteint, par rapport à l'ensemble des codébiteurs, que par les faits équivalant au payement, ceux désignés dans les articles 422 à 424, et que, par suite, les codébiteurs ne se représentent pas réciproquement au point de vue des actes réalisés par eux individuellement et qui peuvent influer sur le contenu de la dette ou sur ses effets. Les faits qui émanent ainsi de l'un des codébiteurs n'ont effet que par rapport à lui; ils ne proviennent pas d'un mandat réciproque en vertu duquel les codébiteurs auraient qualité pour se représenter les uns les autres relativement aux actes qui seraient de nature à influer sur la dette, pas plus qu'ils ne sont censés s'être portés garants mutuellement, soit de la demeure, soit de la faute les uns des autres. Cela revient à dire que, de droit commun, on ne présume pas que la dette solidaire ait les caractères et produise les effets de la dette corréale du droit romain. Mais ce n'est là qu'une présomption, susceptible de preuve contraire; et il y aura lieu d'indiquer de quelles circonstances, en tant que principe général, pourra résulter cette preuve contraire. Avant toutefois de parler des cas où il pourra être fait exception à la règle, il convient d'expliquer la règle elle-même, conformément aux différents exemples d'application prévus par la loi. On avait proposé d'écarter ce procédé d'illustration de la règle, par voie d'exemples d'application, comme inutile; on prétendait même qu'il pouvait être dangereux, pour l'hypothèse où l'on se trouverait en présence d'une exception dérivant du caractère même de l'obligation, c'est-à-dire en présence d'un des cas prévus par le texte, sans qu'il indiquât d'ailleurs aucun criterium destiné à les faire reconnaître, dans lesquels on devra admettre les effets ou quelques-uns des effets de l'ancienne corréalité. On aurait pu croire, en pareil cas, que l'on dût appliquer l'exception, c'est-à-dire l'effet général et absolu qui en dériverait, à tous les faits prévus dans l'énumération ainsi présentée à titre d'exemples, et que, par suite, l'effet relatif de chacun des faits dont il est question à l'article 425 serait supprimé pour faire place à l'effet absolu attribué aux actes prévus aux articles 422 à 424. L'obligation par sa nature étant telle que l'on dût admettre une sorte de représentation réciproque des débiteurs les uns par rapport aux autres, il faudrait en conclure que cette sorte de représentation existerait par rapport à chacun des actes énumérés par l'article 425. Chacune de ces exceptions, au contraire, devra,

sulte pas du rapport d'obligation, qu'au profit ou à l'encontre du débiteur solidaire dans la personne duquel ils se sont réalisés.

---

disait-on, être restreinte aux faits seulement qu'elle vise; c'est donc par voie d'interprétation de chaque espèce en particulier que l'on pourra déterminer la portée et l'étendue d'application de chacune des exceptions à la règle, comme on le verra au paragraphe III de cette note. Mais, en dépit de cette objection, on crut nécessaire de prévoir les applications les plus importantes de la règle ainsi posée, ne fût-ce que pour écarter tous les doutes, relativement à certains faits, comme la confusion par exemple, que l'on aurait pu être tenté de considérer comme équivalant à payement et comme devant rentrer, par voie d'analogie, parmi les faits prévus à l'article 422 (*Pr.*, 438-439; cf. Binder, *Korrealobligationen*, p. 571 et suiv.).

§ II. Le premier des faits ainsi prévus à titre d'exemple est la dénonciation, laquelle est si souvent usitée pour fixer l'exigibilité de la dette, lorsqu'elle dépend d'une initiative à prendre, soit par le créancier, soit par le débiteur, comme au cas de prêt par exemple (art. 609). Cette exigibilité ne sera ainsi fixée que pour celui des codébiteurs de qui émanera la dénonciation ou à l'égard duquel elle aura été adressée; la dette ne sera pas exigible et elle ne sera pas considérée comme échue par rapport aux autres.

§ III. En ce qui concerne la demeure d'exécution, tous les faits constitutifs de mise en demeure qui auront été réalisés par rapport à l'un des codébiteurs n'auront effet que par rapport à lui. Il y a exception cependant pour le cas où la demeure devrait résulter de la seule échéance du terme (art. 284 al. 2). Il va de soi que pour cette hypothèse tous les codébiteurs se trouvent constitués en demeure par l'échéance du terme. Cette hypothèse exceptée, les effets de la demeure, tels qu'ils résultent des articles 286 à 290, se produiront à l'égard seulement du codébiteur constitué en demeure, sans que l'obligation, telle qu'elle existe à l'égard des autres, en soit modifiée. Mais, comme Planck le remarque fort bien, les règles sur l'effet tout relatif de la mise en demeure doivent se combiner avec l'effet absolu des faits prévus par la disposition de l'article 422, laquelle n'est pas écartée par suite de la mise en demeure. Si donc il y a exécution et payement de la part de l'un des autres codébiteurs, la demeure cesse par rapport à celui des codébiteurs qu'elle concernait, si ce n'est que celui-ci reste responsable pour le dommage résultant du retard qui lui est imputable. Si d'autre part le créancier a usé du droit que lui donne l'article 286 al. 2 de renoncer à l'exécution en nature pour exiger indemnité

Il en est ainsi, en particulier, de la dénonciation, de la demeure, de la faute, de l'impossibilité d'exécution existant en la personne

---

pour inexécution, il ne peut plus demander au débiteur en demeure que cette indemnité, tandis que par rapport aux autres il n'a droit encore qu'à l'exécution en nature; et même dans ce cas, si l'un des autres exécute en nature, il libérera tous les codébiteurs, même celui qui était en demeure, de même que celui-ci en payant indemnité pour inexécution libérerait tous ses codébiteurs. Le créancier qui, après mise en demeure de l'un des débiteurs, opte pour l'indemnité risque donc encore de recevoir l'exécution en nature, laquelle libérera même le débiteur tenu de l'indemnité d'inexécution. Il est vrai que, si l'un des autres lui offre cette exécution réelle, il peut la refuser. Mais alors il est lui-même en demeure d'accepter, ce qui peut faciliter la libération du débiteur qui a fait l'offre, en tant qu'elle résulterait d'une impossibilité d'exécution, puisqu'il ne répond plus de l'impossibilité que dans la mesure de l'article 300. Dans ce cas, sans doute, cette libération due à la demeure du créancier n'aurait plus effet, en dépit de l'article 424, au profit du débiteur en demeure d'exécuter. On l'a vu en note sur l'article 424. Mais il peut arriver que celui-ci soit devenu insolvable et incapable de fournir l'indemnité qu'il doit, et cependant le créancier ne pourra plus rien demander aux autres codébiteurs, lesquels auront été libérés par application de l'article 424 (cf. Pl., 215, et Scholl., 427; cf. sur art. 424, note § III).

§ IV. Au cas d'impossibilité imputable à faute, s'il s'agit d'impossibilité absolue ou objective, elle libère tous ceux à qui elle n'est pas imputable, puisque pour eux elle constitue un cas fortuit (art. 275). Si, au contraire, l'impossibilité est purement subjective ou personnelle à l'un des débiteurs, sans qu'elle soit personnelle aux autres, elle reste alors indifférente en ce qui concerne l'obligation de ces derniers. Elle pourra, si elle dérive d'une faute, donner lieu, à l'égard de celui par rapport à qui elle existe, à l'application des articles 280 et 325, ce qui n'aura aucun effet par rapport aux autres codébiteurs.

§ V. L'article 425 cite ensuite la prescription, parce qu'il est possible, si la dette de l'un des codébiteurs était affectée d'un terme ou d'une condition, que la prescription commence à des dates différentes pour les uns et pour les autres, de même qu'elle peut avoir subi des causes de suspension ou d'interruption personnelles seulement à l'un d'eux : elle n'aura donc effet que par rapport à celui ou à ceux au profit de qui elle sera accomplie. Même effet

de l'un des débiteurs solidaires, de la prescription, ainsi que des faits qui en constituent l'interruption et la suspension, de la con-

---

purement relatif en ce qui touche les faits qui suspendent ou interrompent la prescription.

§ VI. La confusion qui se sera produite entre la personnalité juridique du créancier et celle de l'un des codébiteurs n'a pas pour effet d'éteindre la dette : elle produit une impossibilité de poursuite dont l'effet est purement personnel et laisse subsister la dette entière à l'encontre des autres codébiteurs, si ce n'est que, si le créancier poursuit l'un des autres codébiteurs, il pourra être tenu de subir l'application, au besoin même par voie de compensation, des dispositions de l'article 426.

§ VII. Quant à l'effet purement relatif du jugement, il résulte de l'ensemble des dispositions du Code de procédure (art. 322 à 327).

§ VIII. Reste à parler de l'admissibilité des exceptions que prévoit l'article 425 par rapport à la règle qu'il pose. Celle-ci ne constitue qu'une règle de nature purement dispositive, qui peut être écartée, par conséquent, par l'effet d'une disposition contraire. Et cette disposition contraire peut exister, non seulement à propos des obligations nées de contrat, auquel cas elle résulterait d'une clause tacite ou expresse de la convention, mais par rapport à toute autre obligation, s'il ressort du caractère ou de la nature de cette dernière qu'elle implique pouvoir de représentation réciproque entre codébiteurs : il pourrait en être ainsi même d'une obligation d'origine légale, si ce pouvoir de représentation devait résulter par voie d'interprétation de la disposition de la loi qui fonde l'obligation. Aussi l'article 425, en prévoyant la possibilité d'une règle contraire, ne dit pas que celle-ci doive résulter forcément de la convention, mais de la nature de l'obligation. Il est vrai que le cas le plus fréquent sera celui où, s'agissant d'une obligation née d'un acte juridique, la preuve contraire résultera d'une clause expresse ou tacite de l'acte lui-même. Les parties peuvent convenir, par exemple, au cas de contrat, que les faits émanant de chaque débiteur, et pouvant avoir leur répercussion sur l'obligation, produiraient effet à l'égard de tous les autres. Seulement, on a paru croire, devant la seconde Commission, qu'une clause de ce genre, ayant pour objet de donner à l'obligation le caractère de la dette corréale du droit romain, ne s'étendrait pas forcément à tous les faits prévus par l'article 425, et qu'entre autres elle ne viserait pas l'effet tout relatif du jugement, ni même celui des actes interruptifs de prescription. L'effet d'actes de ce genre est par nature purement relatif

fusion de la créance avec la dette et du jugement passé en force de chose jugée.

Art. 426. Les débiteurs solidaires, dans leurs rapports les uns

---

et personnel; aussi serait-il difficile d'admettre que, par convention, on eût voulu donner à de pareils faits un caractère absolu, opposable à tous ou contre tous. Et c'est même à ce propos que l'on trouvait dangereuse l'énumération faite par l'article 425, en ce sens qu'il pût sembler, comme il s'agissait de certains cas d'application de la règle, que l'exception s'appliquerait exactement aux mêmes faits, mais en sens inverse, c'est-à-dire à tous les faits ainsi énumérés par le texte, de telle sorte que, là où le caractère de corréalité résulterait du but de l'obligation, tous les faits réalisés par rapport à l'un des débiteurs, même s'il se fût agi de jugement, auraient produit effet à l'égard des autres. Et l'on trouvait cette solution inacceptable au moins par rapport au jugement. On répondit cependant que, sans doute, la convention ne pouvait pas suffire à transformer les caractères légaux du jugement, mais qu'on pouvait très bien admettre que les parties se fussent obligées par convention à subir les effets d'un jugement rendu pour ou contre un seul des débiteurs, étant donné que cette convention n'avait rien d'illicite. Seulement on dut reconnaître que cette transformation indirecte des effets légaux du jugement, si l'on peut admettre qu'elle soit de nature à résulter d'une convention, ne se comprendrait guère comme découlant du but ou de la nature de l'obligation; de telle sorte que, par rapport au jugement et aux actes interruptifs de prescription, il ne pourrait guère être fait exception à la règle de l'article 425, sur l'effet purement relatif des actes qu'il prévoit, que pour les obligations nées de convention, et par une clause accessoire du contrat. Toutefois, on avait paru admettre, devant la seconde Commission, que, pour ce qui est des deux faits ainsi prévus, jugement et interruption de prescription, la clause ne pourrait être qu'expresse (*Pr.*, 439). Planck fait remarquer qu'il y aurait là une dérogation au droit commun en ce qui touche les principes sur la preuve contraire en matière de règle purement dispositive, et que cette dérogation ne se laisse pas apercevoir dans la formule définitive du texte; de telle sorte que, c'est par rapport à tous les faits, quels qu'ils soient, prévus par l'article 425, lorsqu'il s'agit d'exception provenant d'une clause adjointe au contrat, que la preuve contraire peut résulter même d'une cause purement tacite.

Art. 426. § I. L'article 426 traite des recours entre débiteurs solidaires.

avec les autres, sont obligés chacun pour une part égale, tant qu'il n'en a pas été établi autrement. Si le montant de ce qui incombe

---

Pour qu'il y ait droit au recours du chef de celui qui a payé la dette, il faut supposer, tout d'abord, que, dans leurs rapports entre eux, les codébiteurs doivent supporter chacun une part de la dette, et, en second lieu, qu'il existe entre eux un lien de société, d'après lequel celui qui a fait l'affaire des autres ait une action contre eux pour se faire rembourser ce qu'il a payé pour eux. Le Code civil accepte ces deux idées comme base de ses dispositions. Seulement, il fallait, pour le cas où la part de chacun n'a pas été fixée, établir une présomption légale relativement à la contribution des codébiteurs. L'article 426 présume donc que chacun devra supporter une part égale. Mais le contraire peut résulter soit du rapport juridique existant entre les débiteurs, telle que serait une société avec répartition inégale des parts, ou tout autre rapport analogue, soit d'une convention expresse ou tacite, soit de la nature de l'obligation, ou de l'interprétation des dispositions de loi sur lesquelles elle repose, lorsqu'il s'agit d'obligation légale. Aussi l'article 426 ne fait-il pas allusion seulement à l'hypothèse où il y aurait eu convention conclue à cet égard, mais à tous les cas où, de quelque façon que ce fût, cette part constitutive ait été réglée autrement. Il est des cas, d'ailleurs, où la loi a fixé elle-même et expressément une répartition toute différente (cf. art. 840, 841, 1833). Il peut même se faire qu'un seul des codébiteurs doive supporter le tout (cf. art. 841 et 1833); ce serait le cas, par exemple, si l'autre ne s'est engagé que comme caution.

§ II. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que celui qui a payé le créancier a toujours un recours contre ses codébiteurs, dès qu'il se trouve en présence de codébiteurs tenus à remboursement, quel que soit le montant de la prestation faite, qu'il ait fourni un payement intégral ou partiel, et peu importe qu'il ait payé ou non plus que la part contributoire qu'il devrait définitivement supporter dans la dette. C'est ainsi, pour prendre l'exemple proposé par Planck (p. 217), que si, pour une dette de 900, l'un de trois codébiteurs a payé 300, bien que ce soit, d'après la présomption de l'article 426, la part qui lui incombe, il pourra encore recourir pour 100 contre chacun de ses codébiteurs; et, si ces derniers avaient également payé chacun leur part de 300, ils auraient contre le premier une action en recours qui se compenserait avec celle qu'il exerce contre eux. On a visé surtout le cas de dette payable par termes successifs; et on a voulu que, si l'un des débiteurs payait l'un des termes tout

à l'un des débiteurs solidaires ne peut être recouvré contre lui, le déficit doit être supporté par tous les autres, en tant qu'ils sont obligés à un rapport d'égalisation entre eux.

---

entier, il pût faire supporter à chacun des autres une part proportionnelle à celle qui leur incombe dans la dette totale.

§ III. Si celui qui exerce son droit de recours ne peut obtenir de l'un des codébiteurs la part contributoire qui incombait à ce dernier, il a droit d'en répartir le montant sur la part des autres, de façon à faire supporter cette perte entre tous proportionnellement à la charge qui leur revient dans la dette. Cette répartition doit se faire entre tous ceux, comme dit le texte, qui sont obligés à supporter une part dans la dette et dans la proportion de ce qu'ils doivent supporter, ce qui fait que, même celui qui a payé, et qui a droit au remboursement, doit prendre sa part dans la perte résultant de l'insolvabilité du codébiteur devenu incapable de fournir ce qu'il doit. C'est ainsi que, si, dans l'exemple précédent, l'un des deux codébiteurs ne pouvait rembourser les 100 qui lui incombent, le codébiteur qui a droit au recours pourrait réclamer 150 à celui des codébiteurs qui reste. Seulement, l'on s'est demandé s'il peut encore exiger des autres la part qu'ils doivent supporter des risques d'insolvabilité, lorsque c'est par sa faute que son recours s'est trouvé inefficace contre l'un des codébiteurs, par exemple parce qu'il l'aurait exercé tardivement, à une époque où ce codébiteur est devenu insolvable, alors que, s'il eût agi à temps, son action aurait pu lui faire obtenir ce à quoi il avait droit. Les auteurs paraissent assez tentés de lui refuser, en pareille hypothèse, tout recours supplémentaire contre les autres, par la raison que les débiteurs solidaires sont tenus, dans leurs rapports réciproques, à la diligence exigée par la loyauté des transactions économiques et que, si l'un d'eux manque à ce devoir, les autres sont déchargés de leurs obligations vis-à-vis de lui.

§ IV. Quant à la subrogation dans les droits du créancier, elle ne s'opère que pour le montant du recours auquel a droit celui du débiteur qui a payé; mais, dans cette mesure, elle lui donne l'avantage de pouvoir invoquer toutes les garanties accessoires du créancier, si ce n'est qu'il ne peut s'en prévaloir contre lui (cf. art. 268 et la note).

§ V. Tous les auteurs sont d'accord pour admettre l'application de l'article 426 sur le droit au recours contre les autres codébiteurs toutes les fois, comme dit le texte, que le créancier a été réellement désintéressé; ce qui

Dans la mesure où l'un des débiteurs solidaires a désintéressé le créancier et où il a droit d'exiger des autres un rapport d'égalisation, la créance du créancier contre les autres passe à ce débiteur. Le transport de la créance ne peut être invoqué au préjudice du créancier.

Art. 427. Si plusieurs personnes, par contrat, s'obligent en

---

s'appliquerait aux modes d'extinction de la dette équivalant à un payement réel, tel que la libération par voie de consignation ou de compensation. Mais il n'en serait plus de même de la remise de la dette, au moins lorsqu'elle est gratuite et que le débiteur à qui elle est consentie n'a rien déboursé. Il n'aurait de recours que si elle avait été consentie moyennant certains sacrifices pécuniaires, de telle sorte que la répartition relative au droit de recours se ferait par rapport au montant des sacrifices ainsi consentis.

Art. 427. L'article 427 présente une exception des plus importantes à la règle de l'article 420 sur la divisibilité de la dette lorsque l'objet en est divisible. Si une dette dont l'objet est divisible résulte d'un contrat et que l'obligation soit prise par plusieurs débiteurs contractant en commun, la présomption est en sens inverse de celle de l'article 420. On présume la solidarité. Le premier Projet avait repoussé toute présomption de ce genre même pour les dettes dérivant d'un contrat. La seconde Commission, suivant en cela les tendances qui se faisaient jour dans la pratique du droit commercial et qui avaient trouvé leur expression dans l'ancien Code de commerce, de même que celles qui avaient prévalu dans le domaine du droit prussien, généralisa la disposition de l'ancien Code de commerce, de façon à unifier sur ce point le droit commercial et le droit civil. Aussi toute disposition analogue a-t-elle disparu du nouveau Code de commerce. L'on considéra que cette présomption répondait à toutes les vraisemblances, puisque, lorsque plusieurs personnes s'engagent en commun à donner, vendre, acheter ou emprunter, il n'est pas douteux qu'elles entendent s'obliger pour le tout : c'est tout au moins le sens sous lequel l'entend le créancier. On ajoutait qu'il y avait là, en outre, un procédé de simplification pratique qui était désirable, même au point de vue de la commercialité du droit. On avait proposé d'indiquer que cette présomption ne visait que le cas où les débiteurs s'engageraient par un seul et même contrat. Mais on a fait remarquer que c'était surtout lorsqu'ils s'obligeraient

commun à une prestation divisible, elles en sont tenues, dans le doute, comme débiteurs solidaires.

Art. 428. Lorsque plusieurs personnes ont droit de poursuivre une prestation de telle manière que chacune puisse poursuivre la

---

par contrats séparés que la présomption s'imposait. Car, dans ce cas, il faut supposer par hypothèse qu'ils s'obligent au tout, ou à l'intégrité de la prestation à laquelle d'autres se sont déjà obligés par un contrat antérieur; sinon on ne pourrait plus dire qu'ils s'engagent en commun. Alors que signifierait cet engagement à l'intégrité d'un contrat antérieur, s'il n'équivalait pas à la solidarité ? Aussi a-t-on formulé le texte de façon à ne pas distinguer suivant que l'engagement en commun est pris par un seul et même contrat ou par contrats séparés. Il va de soi que cette disposition s'appliquera, *a fortiori*, toutes les fois qu'il y aura communauté sous forme de *Gesammte Hand* avec engagement en commun de la part des associés ou en leur nom (cf. Saleilles, *Personnes juridiques dans le Code civil allemand*, dans *Rev. Dr. pub.*, t. XV, p. 431-432; *infra*, art. 735).

Art. 428. L'article 428 donne la définition de la solidarité active, laquelle consiste en ce que plusieurs créanciers sont autorisés, chacun individuellement, à poursuivre le tout, sans que le débiteur ait à payer plus d'une fois ce qu'il doit. Il est des cas où plusieurs créanciers ne peuvent poursuivre l'exécution qu'en agissant en commun par une demande collective, comme par exemple dans l'hypothèse de l'article 432, ou dans certains cas où il y a possession en commun sous la forme de *Gesammte Hand* (cf. art. 709, 718, 1472, 2039). Mais, dans toutes ces dernières hypothèses, on ne dit plus qu'il y ait solidarité; la solidarité active implique le droit pour chacun à lui seul de poursuivre le tout. Elle a pour but de faciliter la poursuite des créanciers, puisqu'ils ne sont obligés, ni à une action collective, ni à une demande partielle. Mais elle facilite également la situation du débiteur, puisque celui-ci peut payer le tout à son choix à l'un quelconque des créanciers. Et même si l'un des créanciers a déjà intenté sa demande, le débiteur ainsi poursuivi n'est pas privé, par là même, du droit de payer à l'un des autres créanciers; l'article 428 le dit expressément. La mise en œuvre de l'action ne supprime pas le droit des autres créanciers, et ne peut supprimer par suite le droit du débiteur de payer à qui il veut. Même l'exécution par-

prestation pour le tout, mais que le débiteur ne soit obligé d'exécuter la prestation qu'une seule fois (créanciers solidaires), le débiteur peut à son gré faire la prestation à l'un quelconque des créanciers. Il en est encore ainsi même lorsque l'un des créanciers a déjà intenté une action en exécution de la prestation.

Art. 429. La demeure de l'un des créanciers solidaires produit également effet à l'encontre des autres créanciers.

---

tielle au profit de l'un des créanciers n'oblige pas le débiteur à payer le reste aux mains du même créancier. Il peut encore l'offrir à l'un des autres; et celui-ci n'est pas autorisé à le refuser en tant que payement partiel, parce que la dette est éteinte dans la mesure de ce qui a déjà été payé, de telle sorte que le nouveau payement constitue bien une exécution intégrale de ce qui reste de la dette.

Art. 429. § I. L'article 429 indique quel sera, à l'égard des créanciers solidaires, l'effet des actes passés par l'un d'entre eux. En général, on applique une théorie analogue à celle admise en matière de solidarité passive sur l'effet extinctif des actes équivalant à payement, tandis que les actes n'ayant pas ce caractère restent indifférents à l'égard des autres créanciers. Il y a cependant quelques points de différence. La solution admise en ce qui touche l'effet absolu de la demeure de l'un des créanciers est la conséquence du changement de système réalisé, par rapport aux solutions du premier Projet, relativement à l'effet de la demeure du créancier en matière de solidarité passive (art. 423). Il ne faut pas, si le débiteur a constitué l'un des créanciers en demeure, qu'il soit obligé de renouveler l'offre aux autres pour les constituer en demeure; et, du moment qu'il a droit de choisir celui à qui il veut payer, lorsqu'il exerce son choix en faisant une offre de payement et que le créancier refuse, il ne faut pas qu'il soit obligé de renouveler l'offre à l'un des autres; ce serait lui enlever le bénéfice du choix qui lui appartient (*Pr.*, 442).

§ II. La principale différence admise par rapport aux dispositions qui s'appliquent au cas de solidarité passive se présente en ce qui concerne la confusion. On a considéré que le fait de la concentration en la même personne de la dette et de la créance de l'un des créanciers ne pouvait enlever au débiteur le droit de choisir celui auquel il voudrait payer. Il doit donc pouvoir payer au créancier dont il a pris la place; et, s'il en est ainsi, on doit présu-

S'il y a confusion de la créance et de la dette dans la personne de l'un des créanciers solidaires, les droits des autres créanciers à l'encontre du débiteur se trouvent éteints.

---

mer qu'il a payé à ce créancier par le fait seul que celui-ci ne peut plus le poursuivre. Il s'est payé à lui-même. Ayant payé à l'un, la dette est éteinte à l'égard de tous (*Pr.*, 443).

§ III. Sur tous les autres points, il y a lieu d'appliquer, ou à peu près, des solutions identiques à celles admises pour le cas de solidarité passive; et tout d'abord en ce qui touche l'effet absolu des actes équivalant à payement, ceux mentionnés par l'article 422, le payement proprement dit, la dation en payement, la consignation lorsqu'elle vaut libération, la compensation lorsqu'elle a été opposée. Car il est certain que, tant qu'elle ne l'a pas été, il n'est pas permis à l'un des créanciers de déclarer la compensation sur le fondement d'une dette qui incomberait à l'un des autres. Et de même le débiteur ne peut opposer à l'un des créanciers que la créance qu'il a contre lui, et non celle qu'il aurait contre l'un des autres. Mais, une fois déclarée, la compensation éteint la dette à l'égard de tous.

§ IV. En ce qui touche la remise de dette, elle n'opère à l'égard de tous que si, dans l'intention des contractants, elle devait avoir cet effet absolu (art. 423). Ce dernier point reste donc une question d'interprétation de volonté.

§ V. Quant aux actes visés par l'article 425, ils n'ont, comme en matière de solidarité passive, qu'un effet purement personnel à celui des créanciers auquel ils se réfèrent. Il en est ainsi, en particulier, de la dénonciation, en tant qu'elle a pour effet de rendre la créance exigible. Elle ne fixe cette exigibilité que par rapport à celui des créanciers de qui elle émane ou à qui elle est adressée, suivant le cas. Quant aux faits constitutifs de la demeure du débiteur, ils ne produisent cette mise en demeure que par rapport à celui des créanciers de qui ils proviennent. A l'égard des autres créanciers, le débiteur reste obligé seulement dans les termes de son obligation primitive. C'est ainsi, comme Planck le fait remarquer, que, si le débiteur paye à l'un des créanciers, il est libéré sans doute à l'égard de tous, mais il reste responsable, à l'égard de celui vis-à-vis de qui il était en demeure, des dommages-intérêts dont il pourrait avoir à lui être redevable en vertu de l'article 286. On décidera de même que l'impossibilité d'exécution, qui ne serait relative qu'à l'un des créanciers, n'aurait aucun effet par rapport aux autres, lesquels pourraient

Pour le reste, il y a lieu de faire application correspondante des articles 422, 423, 425. En particulier, si un créancier solidaire transfère sa créance à une autre personne, les droits des autres créanciers demeurent intacts.

Art. 430. Les créanciers solidaires, dans leurs rapports les uns

---

encore poursuivre le débiteur dans les termes du droit commun. Même solution purement relative, en matière de suspension ou d'interruption de prescription. A plus forte raison en serait-il ainsi pour ce qui est de l'effet d'un jugement rendu à l'égard de l'un seulement des créanciers. Et si, en ce qui touche la cession de créance, l'article 429 a cru devoir dire expressément qu'elle laissait intacts les droits des autres créanciers, c'est afin de prévenir l'interprétation abusive qui aurait pu être proposée, à l'effet d'assimiler la cession de créance à la remise de dette, de telle sorte que l'on pût être tenté, lorsqu'il y aurait lieu de croire que telle fût l'intention des parties, d'admettre l'effet absolu de la cession de créance, comme il est possible, d'après l'article 423, d'admettre l'effet absolu de la remise de dette (cf. *Pr.*, 443-444). Il faudra donc en conclure, toutes les fois qu'il y aura eu cession émanant de l'un des créanciers, que celui-ci n'aura cédé que son droit personnel, tel qu'il résultait pour lui du rapport obligatoire, de telle sorte que le nouveau créancier ait exactement tous les droits qui appartenaient au cédant, mais sans avoir plus de droits que lui, ceux des autres créanciers solidaires restant intacts (Pl., 222). Et, d'ailleurs, cette solution ne doit pas être restreinte à la cession proprement dite, au sens technique de l'article 398, mais au transport de créance en général, qu'il se réalise par décision de justice ou en vertu de la loi. C'est ce qu'indique le terme technique employé par le texte.

Art. 430. § I. Dans les relations entre créanciers, comme dans les relations entre débiteurs solidaires (art. 426), la loi présume que le rapport juridique résultant du droit de créance existe collectivement à l'égard de tous et que, par suite, tous ont une part à toucher réellement dans la créance commune; et de même la loi présume-t-elle, sauf preuve contraire, que cette part est la même pour tous, donc qu'ils ont droit chacun à une part égale. Il pourrait arriver, sans doute, soit en vertu d'une disposition légale qui ait formulé le rapport de solidarité active, soit en vertu du contrat duquel il dérive (cf. art. 2151), que l'un des créanciers seulement ait droit de profiter de la

avec les autres, ont droit chacun à une part égale, tant qu'il n'en a pas été établi autrement.

Art. 431. Si plusieurs personnes doivent une prestation in-

---

créance, et que le titre de créancier, accordé aux autres, n'ait d'autre but que d'en faciliter le recouvrement; mais il faudrait que ce point fût établi.

§ II. Il va de soi, si l'un des créanciers touche le tout, qu'il devra faire état aux autres de la part qui leur revient; et il en sera de même si la créance se trouve éteinte de son chef par un mode qui n'implique réception d'aucune prestation, équivalant à payement, comme ce serait le cas de la remise de dette sous forme objective, ou de la confusion opérée dans la personne de l'un des créanciers. Il en serait de même au cas de cession de créance, si le débiteur payait au cessionnaire, puisque la dette serait éteinte à l'égard de tous les créanciers : ce serait donc exactement comme si elle eût été payée au cédant, c'est-à-dire à l'ancien créancier; celui-ci devra tenir compte aux autres de la part qui doit leur revenir dans la créance.

Art. 431. § I. On sait déjà (art. 427) que cette disposition n'a d'intérêt pratique que s'il s'agit d'obligation ne résultant pas d'un contrat, puisque, dans cette dernière hypothèse, même lorsque la prestation est divisible, on présume la solidarité. Quant à savoir dans quels cas il y aura indivisibilité, c'est là une question de fait à résoudre pour chaque espèce; pour certaines hypothèses, il est vrai, des doutes sérieux peuvent s'élever. Il en a été question en note sous l'article 420. Mais le point véritablement délicat de la matière est de savoir si l'article 431, en déclarant qu'au cas d'indivisibilité les débiteurs sont tenus comme débiteurs solidaires, a entendu établir entre eux une véritable solidarité de droit, ou une simple solidarité de fait, destinée à disparaître si la prestation, d'indivisible qu'elle était au début, se transformait en une prestation divisible, par exemple au cas de perte de la chose imputable à faute et donnant droit à des dommages-intérêts. Dans cette dernière hypothèse, l'article 341 P[1] admettait que chaque débiteur ne pouvait plus être poursuivi que pour sa part; et, devant la seconde Commission, on avait présenté un amendement reproduisant, en matière d'indivisibilité, et tout au moins pour le cas de pluralité de débiteurs, la même solution. Toutes ces dispositions ont été repoussées; et, d'autre part, il faut remarquer que l'article 431 s'exprime exactement comme le fait l'ar-

divisible, elles sont tenues de l'obligation comme débiteurs solidaires.

---

ticle 427, pour le cas où plusieurs débiteurs s'engagent en commun par contrat. Dans les deux cas, il est dit que les débiteurs sont tenus comme débiteurs solidaires, ou plutôt répondent de l'obligation comme des débiteurs solidaires. A l'apparence, cette formule n'est pas absolument l'équivalent de celle par laquelle il serait dit qu'ils en répondent à titre de débiteurs solidaires; car, enfin, on a pu avoir voulu sur un point les assimiler à des débiteurs solidaires, en ce qui concerne par exemple le droit de poursuite intégrale, sans avoir entendu pour cela en faire à tous les points de vue des débiteurs solidaires. On pourrait croire que la façon dont s'exprime l'article 431 prêtât fort bien à cette distinction. Mais le doute vient de ce que l'article 427, qui s'exprime de la même façon, a certainement voulu dire que, dans le cas de plusieurs débiteurs s'engageant par contrat, ils sont en tout et pour le tout de véritables débiteurs solidaires. De sorte que, tant par le résultat des discussions engagées devant la seconde Commission que par la formule définitivement adoptée, surtout si l'on en rapproche le rejet de l'article 341 P[1], on peut être porté à conclure que l'indivisibilité produit sous tous rapports une véritable solidarité, qui ne cesse pas, même par la disparition de l'indivisibilité (cf. Sal, n°s 134 et 145 et p. 139, note 1).

§ II. Cependant les raisons mises en avant devant la seconde Commission laissent planer quelque hésitation sur la pensée véritable des rédacteurs du texte. On a considéré que l'amendement, tel qu'il était présenté et dont la formule, d'ailleurs, reproduisait, ou à peu près, celle de l'article 341 P[1], ne pouvait guère viser qu'une impossibilité imputable à tous les débiteurs, puisque, si elle n'était due qu'à la faute de l'un d'entre eux, il y aurait cas fortuit pour les autres et libération de ces derniers. Or on a paru craindre que la formule ainsi présentée, et qui déclarait chacun des débiteurs tenu pour sa part seulement lorsque l'obligation se transformait en dommages-intérêts, pût être interprétée en ce sens que chacun d'eux, malgré la communauté de faute, ne dût être poursuivi que divisément pour sa part de dommages. Et cependant, même sans les considérer comme de véritables débiteurs solidaires, il faut dire que la faute de chacun doit avoir pour effet d'empêcher une poursuite fractionnée; elle ne pourrait aboutir à causer à ce point de vue un dommage au créancier, de telle sorte qu'il était inadmissible que la faute commune ne rendît pas chacun des débiteurs passible d'une poursuite

Art. 432. Si plusieurs personnes ont à poursuivre une prestation indivisible, le débiteur, en tant qu'il ne s'agit pas de créan-

---

intégrale, comme avant. On pourra donc encore demander à chacun d'eux toute l'intégrité des dommages-intérêts; ils restent tenus comme s'ils étaient des débiteurs solidaires. Mais on voit qu'il en est ainsi pour des raisons qui peuvent conduire à cette assimilation, sans qu'il s'agisse forcément d'obligation envisagée de tous points comme obligation solidaire. Si donc il pouvait se présenter tel ou tel cas où l'indivisibilité des poursuites ne s'expliquât que par le caractère même de solidarité de l'obligation initiale, peut-être pourrait-on hésiter à admettre l'idée de solidarité. Si l'on suppose un legs grevant plusieurs héritiers sous les conditions de l'article 2148 et portant sur une chose indivisible, mais avec cette particularité que le testateur ait substitué à la chose léguée en premier ordre, et sous certaines conditions déterminées par lui, une somme d'argent, on peut se demander, dans le cas où cette substitution viendrait à s'opérer, si les cohéritiers répondront de la somme d'argent ainsi substituée à la chose léguée, comme ils répondaient de cette dernière, chacun pour le tout, ou s'ils ne la devraient chacun que pour sa part. Pour admettre cette seconde solution, il faut partir de cette idée que l'obligation des héritiers n'est pas devenue une obligation solidaire par le seul fait qu'elle a pour objet principal une chose indivisible. Et Kipp, à qui cet exemple est emprunté, paraît bien disposé à admettre une solution de cette nature (sur Wind., 8e éd., II, p. 213-214; cf. Binder, p. 595).

Art. 432. § I. Lorsque l'indivisibilité est envisagée du côté actif, par rapport à une pluralité de créanciers, l'article 432 suit d'assez près les solutions admises par le premier Projet (art. 339 P[1], cf. Sal., n° 171). On n'accepte plus que, du côté actif, l'indivisibilité crée la solidarité. Chaque créancier ne peut donc pas exiger que la prestation lui soit fournie à lui seul intégralement. Rigoureusement, il faudrait que tous se réunissent pour la demander, de même que le débiteur ne devrait pouvoir la fournir qu'à tous collectivement. Cette dernière conséquence est bien admise en effet, du moins en principe, en ce qui concerne le payement. Mais on ne va pas jusqu'à exiger que tous les créanciers agissent en commun pour la poursuite. On accepte que l'un d'eux puisse poursuivre à lui seul, mais à la condition de demander non plus que la prestation intégrale lui soit faite à lui, mais qu'elle soit fournie à eux tous collectivement. Le texte dit qu'il ne peut poursuivre que la pres-

ciers solidaires, ne peut faire la prestation qu'à tous en commun et chaque créancier ne peut poursuivre qu'une prestation à faire

---

tation à faire à tous : c'est la traduction littérale. Quant au principe du payement collectif, il recevait, d'après l'article 339 P', une exception au moins apparente, que l'on a cru inutile de reproduire, tellement elle allait de soi. C'était pour le cas où l'exécution, quoique fournie à un seul, se trouverait profiter à tous, comme au cas de construction, par exemple, à élever sur un terrain commun. On a fait observer, devant la seconde Commission, que, si l'un des créanciers poursuit l'exécution intégrale en son nom seulement et que l'exécution ne soit fournie qu'à lui seul, ce serait exactement comme si elle était fournie à tous les autres, puisqu'elle va profiter aux autres, exactemment comme elle leur profiterait si tous s'étaient réunis pour poursuivre ou pour recevoir le payement.

§ II. Restait, il est vrai, pour le cas de payement collectif, à prévoir l'hypothèse où l'un des créanciers se refuserait à recevoir le payement et rendrait ainsi impossible l'exécution à l'égard de tous les autres. La seconde Commission, par la disposition ajoutée au texte de l'article 339 P', a voulu, tout au moins pour le cas où il s'agirait d'une chose à restituer ou à livrer, fournir une ressource aux créanciers, en vue d'obvier aux inconvénients provenant de la résistance d'un seul. Et l'on a déjà vu que le texte de l'article 432 avait entendu appliquer la solution dont il va être question toutes les fois qu'il y a dette de corps certain, ce qui implique que la livraison d'une chose serait toujours considérée comme constituant une dette indivisible (note sur art. 420). Il s'agissait donc de venir en aide aux créanciers pour le cas de refus d'acceptation de l'un d'entre eux. On a mis en avant surtout le danger qui résulterait pour l'ensemble des créanciers de ce fait que, par suite de la demeure d'acceptation existant par rapport à l'un d'entre eux, le débiteur n'aurait plus à répondre que de sa faute lourde (art. 300, *Pr.*, 446). Mais Planck (p. 224) observe avec raison qu'en vertu de l'article 432 lui-même al. 2, la demeure de l'un des créanciers ne produirait pas ses effets à l'égard des autres. Quoi qu'il en soit, bien que, même à l'égard de ces derniers, le débiteur reste obligé dans la mesure de sa responsabilité initiale, il importe que les créanciers puissent se faire payer. De là le droit qu'on attribue à chacun d'eux séparément de pouvoir exiger la consignation. Sans cette disposition, le débiteur aurait bien été autorisé à consigner, mais sans pouvoir y être obligé. Et, si la chose n'est pas suscep-

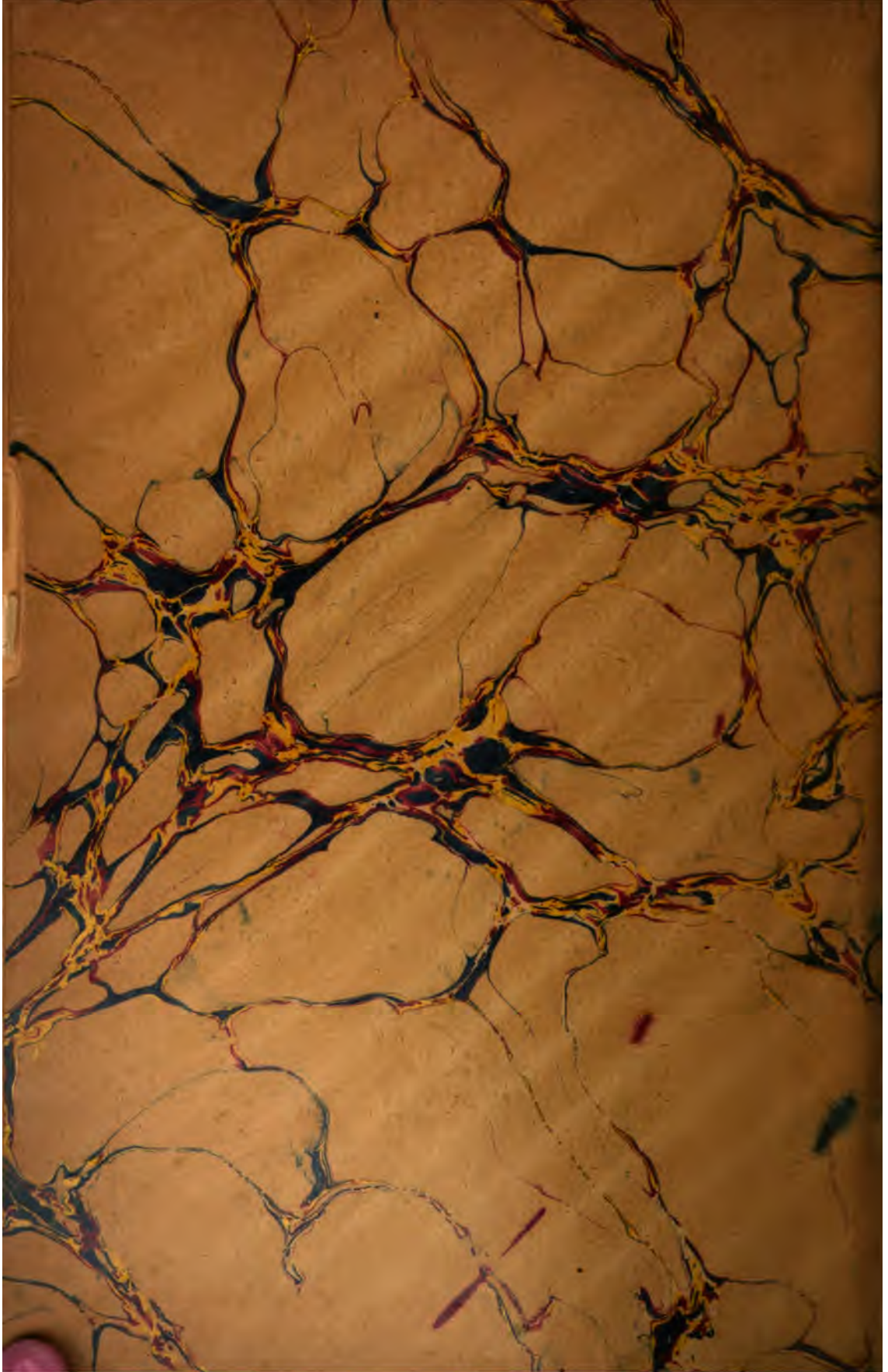
à tous collectivement. Chacun des créanciers peut exiger que le débiteur consigne la chose due pour le compte de tous les créanciers ou, si elle n'est pas susceptible de consignation, qu'il en fasse livraison à un séquestre constitué par justice.

Pour le reste, tout fait qui ne se réalise que dans la personne de l'un des créanciers ne produit effet, ni au profit, ni à l'encontre, des autres créanciers.

---

tible de consignation, il aurait pu la faire vendre aux enchères pour en déposer le prix (art. 383). L'article 432 donne, au contraire, à chacun des créanciers le droit d'exiger la remise à un sequestre judiciaire. Et il faut conclure, de ce fait que l'article 432 fait de la consignation, comme de la remise au sequestre, une véritable obligation pour le débiteur, obligation qui est l'équivalent de sa dette primitive, que la consignation à elle seule et de même la remise au sequestre suffiront à produire sa libération à l'égard de tous les créanciers. D'ailleurs cet effet libératoire à l'égard de tous ressort bien de l'opposition présentée par l'alinéa final, lequel vise des faits qui doivent rester sans effet à l'égard de l'ensemble des créanciers, ce qui prouve que ceux prévus précédemment opèrent à l'égard de tous.

§ III. Ne s'agissant pas de solidarité, il était logique que seuls les faits prévus dans l'article 432, c'est-à-dire l'exécution faite à tous collectivement et la consignation, dussent libérer le débiteur à l'égard de tous les créanciers. Tout autre fait qui se serait réalisé du chef de l'un seulement des créanciers ne produirait aucun effet à l'égard des autres, alors même qu'il aurait dû en être autrement, d'après les règles sur la solidarité, s'il se fût agi de solidarité active. Il en sera ainsi de la dation en payement, de la confusion, de la remise de dette sans distinction, de la demeure de l'un des créanciers, et même du payement fait à un seul d'entre eux, en dehors des cas où l'on a vu que, même faite à un seul, l'exécution devrait être considérée comme fournie à tous. Quant à la compensation, la question, comme le remarque Planck, ne peut même pas se poser; car on ne conçoit guère comment il pourrait y avoir lieu à compensation entre une créance du débiteur contre l'un des créanciers et la dette indivisible qui grève le débiteur.



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 046 953 030